Der Schutz von Warenausstattungen im schweizerischen Zivilrecht

Ein Beitrag zum Wettbewerbsrecht

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte,
vorgelegt der hohen juristischen Fakultät
der Universität Freiburg in der Schweiz, von

RAINER WEIBEL

Genehmigt von der juristischen Fakultät am 13. Juni 1947
auf Antrag von Herrn Professor Dr. P. Jäggi (erster Referent)
und Herrn Professor Dr. Aeby (zweiter Referent)

1948

Buchdruckerei Landquart AG., Landquart

Der Schutz von Warenausstattungen im schweizerischen Zivilrecht

Ein Beitrag zum Wettbewerbsrecht

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte,
vorgelegt der hohen juristischen Fakultät
der Universität Freiburg in der Schweiz, von

RAINER WEIBEL

Genehmigt von der juristischen Fakultät am 13. Juni 1947
auf Antrag von Herrn Professor Dr. P. Jäggi (erster Referent)
und Herrn Professor Dr. Aeby (zweiter Referent)

1948

Buchdruckerei Landquart AG., Landquart

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEM LIEBEN VATER

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die juristische Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen Stellung zu nehmen (Fakultätsbeschluß vom 1. Juli 1916).

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Der Standort des Ausstattungsschutzes im schweizerischen Privatrechtssystem . 11

1. Kapitel

Begriff und wirtschaftliche Bedeutung der Ausstattung

1. Der Begriff der Ausstattung 15
2. Die Wirkung der Ausstattung 16
3. Der Wert der Ausstattung 17
4. Die Erscheinungsformen der Ausstattung 18

2. Kapitel

Die rechtlichen Grundlagen des Ausstattungsschutzes 19

I. Abschnitt

Allgemeines

1. Das Verhältnis zwischen objektiver Rechtsregel und subjektivem Recht . 20
2. Das System der objektiven Rechtsregeln 21

II. Abschnitt

Der Ausstattungsschutz im speziellen

1. Generalklausel-Spezialtatbestand 24
2. Der Art. 1, lit. d, UWG 25
3. Die Individualrechtstheorie 27
4. Die Leistungswettbewerbstheorie 28
5. Die Auseinandersetzung zwischen der Individualrechtstheorie und der Leistungswettbewerbstheorie 29

3. Kapitel

Die Verkehrsgeltung als Voraussetzung des Ausstattungsschutzes

I. Abschnitt

Grundsätzliche Fragen zur Verkehrsgeltung

1. Der Begriff der Verkehrsgeltung 33
2. Das Verhältnis der Originalität zur Verkehrsgeltung 35
3. Die Bedeutung der Priorität 36

II. Abschnitt

Spezielle Fragen zur Verkehrsgeltung

1. Das Vorhandensein der Verkehrsgeltung 37
2. Der Beweis der Verkehrsgeltung 39
3. Die Störung der Verkehrsgeltung 41

4. Kapitel

Die Ausgestaltung des Ausstattungsschutzes

1. Die Entwicklung des Rechtsmittelsystems im zivilrechtlichen Ausstattungsschutz 43
2. Übersicht über das Rechtsmittelsystem des UWG 43

I. Abschnitt

Die vorsorglichen Maßnahmen 44

II. Abschnitt

Die Störungsklagen

A. Die Widerrechtlichkeit als Voraussetzung der Störungsklage
1. Die Widerrechtlichkeitstheorien 46
2. Die Widerrechtlichkeit nach Art. 50 aOR, Art. 48 OR und nach UWG 47

B. Die einzelnen Klagen
1. Die Unterlassungsklage 51
2. Die Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes . . . 51
3. Die Feststellungsklage 52

III. Abschnitt

Die Schadenersatz- und Genugtuungsklage

A. Die weiteren Klagevoraussetzungen
1. Das Verschulden 53
2. Der Schaden 55
3. Der Kausalzusammenhang 57

B. Die Schadenersatzklage 57

C. Die Genugtuungsklage 58

IV. Abschnitt

Die Urteilsveröffentlichung 60

5. Kapitel

Die Klagelegitimation

1. Die Aktivlegitimation 61
2. Die Passivlegitimation 64
3. Der Gerichtsstand 66
4. Die Verjährung 67

6. Kapitel

Der internationale Ausstattungsschutz

1. Allgemeines 68
2. Die Pariser Verbandsübereinkunft 68

Schluß 70

Literaturverzeichnis

Allart, H.:	Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale. Paris 1892.
Bär, W.:	Studien über die Feststellungsklage. SJZ 20, S. 73.
Baumbach, A.:	Kommentar zum Wettbewerbsgesetz. Berlin 1929.
Beerli, A.:	Die markenunfähigen Warenzeichen. Zürich 1937.
Becker:	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band IV. 2. Aufl. Bern 1942.
Boß, Hans Heinr.:	Die verfassungsrechtliche Grundlage des Wettbewerbs. Bedeutung, Begriff und Schutz der Ausstattung nach UWG. Diss. Basel 1945.
Bühler, W.:	Die zivilrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes. Diss. Zürich 1930.
Büren v., R.:	Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb mit erläuternden Beispielen. Zürich 1945.
David, H.:	Kommentar zum schweizerischen Markengesetz. Basel 1940.
Derichsweiler:	Handbuch zum schweizerischen Patentrecht. 2. Aufl. Luzern 1934.
Egger, A.:	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht. 2. Aufl. Zürich 1928.
Elster, H.:	Gewerblicher Rechtsschutz. 2. Aufl. Berlin 1928.
Fleiner, F.:	Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Tübingen 1923.
Filippini, S.:	Il diritto della personalità e la concorrenza sleale. Diss. Bern 1944.
Germann, O. A.:	Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, mit Erläuterungen, bisheriger Rechtsprechung und Sachregister. Zürich 1945. Zur Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes. SJZ 40, S. 285. Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht ZbJV 1936, S. 49 ff. Zum Entwurf eines schweiz. Wettbewerbsgesetzes. Festgabe Wieland. Basel 1934.
Guhl, T.:	Das schweizerische Obligationenrecht. 3. Aufl. Zürich 1944.
Guisan, François:	La protection de la personnalité et le boycott commercial. Festgabe. Lausanne 1936.
Jäggi, P.:	Privatrecht und Staat, Freiburger Universitätsreden. Fribourg 1946.
Josserand, L.:	De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits. 1927.
Känzig, E.:	Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41, Abs. 1, OR. Diss. Bern 1939.
Keel, R.:	Unlauterer Wettbewerb ohne Verschulden. Diss. Bern 1944.
Kissin, H.:	Der zivilrechtliche Ausstattungsschutz nach § 15 des deutschen Warenzeichengesetzes. Diss. Basel 1933.
Kohler, J.:	Deutsches Patentrecht. Mannheim 1878. Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechtes. Berlin und Leipzig 1914. Musterrecht. Stuttgart 1909. Warenzeichenrecht. Mannheim und Leipzig 1910.
Kraft, W.:	Die Londoner Revisionskonferenz für gewerbliches Eigentum. Zürich 1934.
Lehmann, H.:	Allgemeiner Teil des BGB. Berlin 1928.
Lexer:	Mittelhochdeutsches Handwörterbuch, Band II. Leipzig 1876.
Matter, E.:	Kommentar zum Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken. Zürich 1939.

Menzel:	Beweisführung und Beweiswertung in Fragen der Anschauung des Verkehrs, Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1938.
Michel, J.:	Die Entwicklung des zivilrechtlichen Begriffes: Unlauterer Wettbewerb, unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgerichtspraxis. Diss. Bern 1946.
Oser-Schönenberger:	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht. Band V, 2. Aufl. Zürich 1929.
Ostertag, F.:	Die Haager Konferenz zur Revision der Pariser Übereinkunft für gewerblichen Rechtsschutz. Zürich 1925.
Pfister, Paul:	Fragen aus dem Gebiete der Widerrechtlichkeit, insbesondere nach Art. 41 des schweizerischen OR. Diss. Zürich 1925.
Pfister, Rudolf:	Untersuchung über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze. Diss. Bern 1936.
Pinzger:	Das deutsche Warenzeichenrecht. 2. Aufl. München-Berlin 1937.
Pouillet, Eugène:	Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres. 6. Aufl. von Taillefer und Claro 1912.
Reimer, E.:	Neue Wege für Markenabtretung und Markenlizenz im nationalen und internationalen Geschäftsverkehr. Zürich-Leipzig 1938.
Ristow, E.:	Patent-, Musterschutz- und Warenzeichengesetze aller Länder. Berlin 1939.
Sandreuter, K.:	Rechtliche Natur, Entstehung und Endigung des Markenrechtes. Diss. Basel 1932. Originalität oder Verkehrsgeltung? Schweizerische Juristenzeitung 41, S. 329.
Schapira, M.:	Das Unternehmen und seine Kennzeichen. Diss. Zürich 1935.
Seligsohn:	Ist die Nachbildung von Maschinen und anderen schutzfreien Gegenständen erlaubt? Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht GRUR 31. Kommentar zum Gesetz betr. den Schutz der Warenbezeichnungen. 3. Aufl. Berlin 1906.
Simon, A.:	Die concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Zivil- und Strafrecht. Bern 1894.
Spann, O.:	Haupttheorien der Volkswirtschaftslehre. 24. Aufl. Leipzig 1936.
Specker, K.:	Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechtes auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht. Diss. Zürich 1910.
Thur v., A.:	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes. Tübingen 1924.
Thur v., Siegwart:	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes. Zürich 1944.
Troller, Alois:	Das Delikt des unlauteren Wettbewerbs nach dem Entwurf des Bundesgesetzes vom 11. Juni 1934. Diss. Fribourg 1937.
Tuor, P.:	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. 4. Aufl. Zürich 1940.
Valloton, J.:	La concurrence déloyale et la concurrence illicite. Thèse Lausanne 1895.
Weiß, Th.:	Die concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Zivil- und Strafrecht. Basel 1894.
Wieland, Carl:	«Beiträge zum Handelsrecht.» Festgabe, herausgegeben von der jur. Fakultät Basel. Basel 1934.
Wiese v.:	Handwörterbuch der Staatswissenschaften. 4. Aufl., Band V. Leipzig 1929.
Wolfer, Hellmuth:	Das Verhältnis des Mißbrauchkriteriums zum Persönlichkeitsrechtsschutz im Wettbewerbsrecht. Diss. Basel 1945.

Quellen

Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft.

Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft. BBl.

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes. BGE.

Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat und Ständerat. Amtl. sten. Bull.

Actes de la conférence réunie à Londres du 1er mai au 2 juin 1934. Bureau de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle. Berne 1934.

Germann, Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung. Gutachten. Basel 1927.

Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874. BV.

BG vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht, in Kraft vom 1. Januar 1883 bis 31. Dezember 1911. aOR.

BG vom 30. März 1911 betr. Ergänzung des Zivilgesetzbuches, 5. Teil Obligationenrecht, in Kraft seit 1. Januar 1912 mit den seitherigen Änderungen. OR.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907, in Kraft seit 1. Januar 1912. ZGB.

BG betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890. MSchG.

BG betr. die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900. MMG.

BG betr. die Erfindungspatente vom 21. Juni 1907. PG.

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dez. 1937, in Kraft seit 1. Januar 1942. StGB.

Botschaft und Entwurf vom 11. Juni 1934 zu einem BG über den unlauteren Wettbewerb.

Botschaft und Entwurf vom 3. November 1942 zu einem BG über den unlauteren Wettbewerb.

BG vom 30. September 1943 über den unlauteren Wettbewerb, in Kraft seit 1. März 1945. UWG.

BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 mit seitherigen Änderungen. SchKG.

Abkürzungen

BG = Bundesgesetz
BR = Bundesrat
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich
Diss. = Dissertation
ff. = und folgende
Ccf = Code civil français

Die Abkürzungen der Zeitschriften und Gesetze sind im Literatur- und Quellenverzeichnis angegeben.

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke werden mit dem Namen des Autors zitiert.

Einleitung

Der Standort des Ausstattungsschutzes im schweizerischen Privatrechtssystem

Bei der wissenschaftlichen Behandlung eines kleinräumigen Spezialgebietes besteht stets die Gefahr, daß dieses Einzelglied aus dem fachlichen Gesamtkörper herausgelöst wird. Dies würde der Bearbeitung des gestellten Themas zum Schaden gereichen, denn gerade das schweizerische Privatrecht greift immer wieder von allen Außenposten auf seine Grundlagen zurück.[1] Um dieser Ablösungsgefahr wirksam begegnen zu können, soll gleich in der Einleitung dieser Arbeit der Standort des Ausstattungsschutzes im System des schweizerischen Privatrechtes festgestellt werden.

Nach Elster ist «der Ausstattungsschutz ein Spezialgebiet des sog. gewerblichen Rechtsschutzes mit im Grunde wettbewerblichem Charakter».[2] Also befinden wir uns im Gebiete des Handelsrechtes und hier wiederum im gewerblichen *Wettbewerbsrecht.*

Im *schweizerischen* Wettbewerbsrecht findet sich kein Artikel, der expressis verbis das Marginale «Ausstattungsschutz» trüge, selbst nicht nach dem Erlaß des UWG vom 30. September 1943. Trotzdem liegt der sedes materiae des Ausstattungsschutzes im schweizerischen Privatrecht in den Regeln über den *unlauteren Wettbewerb.* Aber auch dieses Rechtsgebiet ist keineswegs von Anfang der Bundeszivilgesetzgebung an ausdrücklich geregelt worden; vielmehr hat es sich, wie andere Sondergebiete, stufenweise entwickelt. Diese stufenweise Entwicklung liegt in dem allgemeinen Werdegang des Wirtschaftsrechtes begründet:

Als die Regeneration in der Schweiz die Gewerbefreiheit brachte, konnte nach dem Gesetze der actio und reactio ein Mißbrauch dieser Freiheit nicht ausbleiben, überborden doch die Strömungen der Menschheitsgeschichte im allgemeinen und der Rechtsgeschichte im besonderen meist nach der einen oder anderen Seite. Es galt daher, die freie Wirtschaft des beginnenden 19. Jahrhunderts in vernünftigen Bahnen zu halten. Zu diesem Zwecke mußten Dämme errichtet werden, um einerseits die verhehrenden Wellen der wirtschaftlichen Zügellosigkeit zu brechen, und anderseits doch das Zurückfallen in das Vorrevolutionsstadium der gebundenen Zunftwirtschaft zu verhüten. Daher wurden Sondergesetze erlassen sowohl zum Schutze des Arbeiters als auch zum Schutze des *Erarbeiteten.*

[1] Vgl. Art. 8 UWG: «Soweit dieses Gesetz nichts Abweichendes vorsieht, sind die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, insbesondere diejenigen über das Obligationenrecht, anwendbar.»

[2] Stier-Somlo, Band I, S. 472.

Dem Schutze des Erarbeiteten, des Erzeugnisses, dienten vor allem die gewerblichen Sonderschutzgesetze.[3] Doch vermochten diese beschränkten Teilschutzgesetze nicht allen Anforderungen der Wirtschaft zu genügen, weil sie nur bestimmt umschriebene Schutzobjekte erfassen konnten; darüber hinaus boten sie keinen Schutz, obwohl ein Bedürfnis dafür vorhanden gewesen wäre.

Diese Unzulänglichkeit spiegelt sich in der Entwicklung des Ausstattungsschutzes wider. Zunächst wurde versucht, auf der Grundlage des Markenschutzes eine Lösung zu finden aus der zutreffenden Erkenntnis der nahen Verwandtschaft dieser beiden Schutzgebiete heraus.[4, 5] Jedoch verhinderten die nicht wegzudenkenden Unterschiede zwischen Marke und Ausstattung eine befriedigende Lösung.[6] Es mußte daher ein allgemeinerer Schutzrahmen gefunden werden, der die wirtschaftliche Tätigkeit als Ganzes zu umspannen vermochte. Dieser Ausweg wurde in den Gesetzen über den *unlauteren Wettbewerb* gefunden. Ihr Grundgedanke lag darin, daß sie hinter dem Erzeugnis die wirtschaftliche Persönlichkeit des Erzeugers sahen, die gegen jede Ausbeutung durch irgendeinen Konkurrenten absoluten Schutz erheischen durfte. Überall dort, wo im Wirtschaftsleben das Moment der Unlauterkeit auftauchte, konnte, gestützt auf diese Gesetze, wirksam eingegriffen werden.

Die Franzosen und die Angelsachsen begannen diesen Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb; sie stützten sich dabei auf die Grundsätze des *gemeinen* Rechtes.[7] Die ersten *Spezialgesetze* über den unlauteren Wettbewerb wurden in Deutschland erlassen.[8]

Auch in der Schweiz wurde der Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb aufgenommen. Dies geschah zunächst durch die Kantone; sie stützten sich dabei zum Teil auf die kantonalen Zivilgesetzbücher und zum anderen Teil auf Spezialgesetze über den unlauteren Wettbewerb.[9]

Als das Obligationenrecht im aOR vom 14. Juni 1881 gesamtschweizerisch geregelt wurde, stützten sich die Gerichte auf Art. 50 aOR, also auf eine Grundlage, die nicht eigens auf den Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb zugeschnitten war.[10] Das revidierte Obligationenrecht vom 30. März 1911 brachte dadurch eine Änderung, daß es im Art. 48 eine

[3] Patent-, Marken-, Muster- und Modellschutzgesetze u. a.

[4] BGE 7, 397.

[5] So fand der Ausstattungsschutz im § 15 des deutschen Warenzeichengesetzes seine ausdrückliche Regelung.

[6] Kohler forderte aus diesem Grunde in seinen gesetzgeberischen Vorschlägen für das deutsche Wettbewerbsrecht «die Ausscheidung des Ausstattungsschutzes aus dem Markenrecht und die Zuteilung an das Wettbewerbsrecht». Kohler, Warenzeichenrecht S. 254.

[7] Ccf art. 1382 et 1383.

[8] Ausführlich über diese geschichtliche Entwicklung: Bühler S. 13 ff.

[9] Bühler S. 24: «Die schweizerischen Kantone gewährten schon vorher Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb, so vor allem auch die westschweizerische Gruppe in Anlehnung an das französische Recht.» Eine Zusammenstellung der wichtigsten dieser kantonalen Gesetze über den unlauteren Wettbewerb findet sich bei Kohler, «Unlauterer Wettbewerb» S. 69 ff.

[10] Art. 50 aOR lautete: «Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.»

besondere Bestimmung über den unlauteren Wettbewerb enthielt.[11] Manche Wirtschaftskreise hielten aber auch diesen Zustand für ungenügend, weil der Art. 48 zu wenig umfassend sei und nicht hinlänglichen Schutz gewähre. Deshalb kamen die Bemühungen nicht zur Ruhe, ein Spezialgesetz über den unlauteren Wettbewerb zu erreichen. Gegen diese Bestrebungen machten sich hartnäckige Widerstände geltend, die den ersten Entwurf vom Jahre 1934 schon im Parlament zu Fall brachten. Die Freunde dieses Spezialgesetzes ließen sich durch diesen Mißerfolg nicht entmutigen. Sie setzten ihre Bemühungen fort mit dem Erfolg, daß am 30. September 1943 der Wettbewerb in einem eigenen Bundesgesetz geregelt wurde.

Der Abstimmungskampf, der dem Volksentscheid vom 20. Oktober 1944 über das UWG vorausging, ließ nochmals den Widerstand gegen dieses Spezialgesetz in Erscheinung treten. Auch die knappe Mehrheit von nur etwa 38 000 Stimmen spricht eine deutliche Sprache; jedoch kann auch dieser knappe Erfolg des Gesetzes als «deutliches Zeichen dafür angesehen werden, daß der ehrliche Wettbewerb die Grundlage unseres Erwerbslebens bilden und gegen Mißbräuche wirksam geschützt werden soll».[12]

Entsprechend dieser Entwicklung der Gesetzgebung über den unlauteren Wettbewerb ging auch jene des *Ausstattungsschutzes* vor sich, ist er doch einer der vielen Äste des Rechtes über den unlauteren Wettbewerb, der aus der immer tiefer dringenden Verfeinerung dieses Rechtsgebietes herauswuchs. Auch der Ausstattungsschutz stützte sich zunächst auf kantonale und dann auf eidgenössische Gesetzesbestimmungen, wie sie oben aufgezeigt worden sind. Solange aber das UWG nicht in Kraft war, machten sich für den Ausstattungsschutz erhebliche Lücken geltend. Dies war vor allem in bezug auf die Rechtsschutzmittel der Fall. Der Richter hatte daher, entsprechend der ihm durch Art. 1 ZGB erteilten Sendung, dort, wo die anderen Rechtsquellen versagen, nach *der* Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, diese Lücken soweit auszufüllen, als der Rechtsschutz es erheischte. Auf diese Lückenausfüllung wurde im Zusammenhang mit der Ausarbeitung des UWG wiederholt hingewiesen.[13] Dabei wurde aber mit Recht betont, daß so der Schutz nur durch die Praxis, nicht aber durch das Gesetz gewährt wurde. Eine gewisse Rechtsunsicherheit war unter diesen Umständen unumgänglich, zumal die Gerichtspraxis der Geschäftswelt und selbst manchen Juristen unbekannt war. Auch vermochte die Praxis des Bundesgerichtes in den unteren Gerichtsinstanzen keinen genügenden Eingang zu finden. Es ist, ganz abgesehen von der Erleichterung für die Gerichte, schon aus diesen Gründen zu begrüßen, daß das UWG vom Volke angenommen wurde.

[11] Art. 48 OR lautete: «Wer durch unwahre Auskündung oder andere Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht wird, kann die Einstellung dieses Geschäftsgebarens und im Falle des Verschuldens Ersatz des Schadens verlangen.»

[12] Germann, Kommentar S. 8.

[13] Botsch. des BR zum UWG-Entwurf 1942, BBl 1942, S. 670; do. Amtl. sten. Bull. Ständerat 1943, S. 17.

1. KAPITEL

Begriff und wirtschaftliche Bedeutung der Ausstattung

1. Der Begriff der Ausstattung

Um das Problem des Ausstattungsschutzes richtig darstellen zu können, muß zunächst die tatsächliche Bedeutung des Wortes «Ausstattung» klargelegt werden. Einen Hinweis in dieser Richtung birgt die *ethymologische* Herkunft des Wortes. Dem Ausdruck «Ausstattung» liegen im Mittelhochdeutschen das Vorwort «uz» in der Bedeutung von «Mittel bezeichnend» und das Tätigkeitswort «staten» oder «statten» in der Bedeutung von «zu etwas verhelfen» zugrunde.[14] Daraus läßt sich die Bedeutung von «ausstatten» mit «zu Mitteln verhelfen» wiedergeben.

Von diesem Ausgangspunkt aus hat das Wort «Ausstattung» eine *zweifache* Bedeutung gewonnen. In der ersten Bedeutung wird Ausstattung als Synonym von Aussteuer oder Mitgift gebraucht. In der zweiten Bedeutung versteht man unter Ausstattung die *äußere Erscheinung* einer Sache.

In diesem zweiten Sinn wird das Wort «Ausstattung» im *Wirtschaftsleben* gebraucht. Es bedeutet die *äußerliche*[15] *Gestaltung einer Ware,*[16] *soweit diese Gestaltung weder durch den Gebrauchszweck der Ware noch technisch bedingt ist.*

Diese Definition der Ausstattung ist zweiteilig; sie bezeichnet zunächst ganz allgemein das Äußere einer Ware als Ausstattung; im zweiten Teil werden jedoch wesentliche Einschränkungen zum Ausdruck gebracht. Jene Äußerlichkeiten einer Ware werden *ausgeschlossen,* die durch den Gebrauchszweck oder technisch bedingt sind. Diese Einschränkungen ergeben sich aus der Überlegung, daß niemandem zugemutet werden kann, eine Ware aus Rücksicht auf einen Ersthersteller weniger *zweckmäßig* zu gestalten.[17] Es ist aber möglich, daß der Gebrauchszweck einer Ware ihre äußerliche Gestaltung wesentlich beeinflussen kann. Diese Beeinflussung kann soweit gehen, daß von Fachverbänden bestimmte Grundformen durch allgemeine Vorschriften in für die Mitglieder verbindlicher Form vorgeschrieben werden.[18]

Ebenso ist es möglich, daß eine Ausstattung rein technisch bedingt ist. So kann die Fabrikationsweise eines Erzeugnisses auf seine Ausstattung einen großen Einfluß ausüben.[19] Dieser steigert sich vor allem in jenen

[14] Lexer S. 1151 und 2018.

[15] Demgemäß ist sie wahrnehmbar.

[16] Diese Ware ist zum Verkaufe bestimmt; es handelt sich in den meisten Fällen um massenweise hergestellte Waren.

[17] Unveröffentlichter BGE vom 1. Dez. 1942 in Sachen Therma gegen Electro-Mica AG.; vgl. auch BGE 46 II 153/154.

[18] Vgl. Normalien des Schweizerischen Elektrotechnischen Vereins.

[19] BGE 69 II 298; vgl. auch BGE 70 II 157.

Fällen, in denen die betreffende Ausstattung aus technischen Gründen die einzig mögliche ist.[20] Dieses Beispiel zeigt, daß die technischen Belange auch in bezug auf die Ausstattung nicht rein äußerlichen Charakter aufweisen; dies ist auch für den Gebrauchszweck nicht der Fall. Ihr Ausschluß aus dem Ausstattungsbegriff ist daher gerechtfertigt. Er beweist darüber hinaus, wie streng die Ausstattung auf reine Äußerlichkeiten beschränkt bleibt. Das Element des Äußerlichen ist für die Ausstattung wesentlich, und es wäre verfehlt, auch nur untief in das «Innere» einer Ware vorzustoßen.[21, 22]

2. Die Wirkung der Ausstattung

In der Äußerlichkeit liegt nicht nur das Wesen des Wortes «Ausstattung»; auch die *Wirkung* der Ausstattung geht aus der Äußerlichkeit hervor. Diese Wirkung ist eine doppelte:[23]

Die *gegenwärtige*, unmittelbare Wirkung der Ausstattung liegt in der Werbung für den Verkauf der Ware. Die Ausstattung «präsentiert» dem Interessenten das Produkt; sie wirkt unmittelbar auf das Auge des Beschauenden ein. Er wird je nachdem Gefallen finden an der Ware oder nicht; entsprechend wird dann der Entschluß zum Kauf oder Nichtkauf beeinflußt.[24]

Die *zukünftige*, mittelbare Wirkung der Ausstattung liegt in der Erleichterung des zukünftigen Verkaufes gleich ausgestatteter Waren. Warum? — Weil das Bild der Ausstattung in der Vorstellung der Abnehmerschaft haften bleibt. Je origineller und auffälliger die Ausstattung ist, um so eher und dauernder wird sich ihr Bild dem Erinnerungsvermögen des Beschauenden einprägen. Tritt nun dieselbe Ausstattung dem Käufer in einem späteren Zeitpunkt wieder vor die Augen, dann wird dadurch das frühere Erinnerungsbild wieder geweckt, und es ist zu erwarten, daß der Abnehmer die Ware mit gleicher Ausstattung wieder kaufen wird, vorausgesetzt, daß sie nach dem ersten Kauf die Ansprüche des Erwerbers befriedigt hat.

Dabei ist festzuhalten, daß die Vorstellung der Abnehmerschaft auch einfach durch Reklame herbeigeführt werden kann. Oft wird z. B. die Ausstattung einer Ware auf einem Plakat wiedergegeben. Auf diesem

[20] BGE 38 II 571.

[21] In einer grundsätzlichen Stellungnahme zu diesen Einschränkungen hat das Bundesgericht folgende Begründung festgehalten: «Jeder kulturelle Fortschritt knüpft in der Regel an bereits Bestehendes an, er beruht auf einer Nachahmung des Guten und auf der Fortbildung des Guten zum Besseren; eine ersprießliche Entwicklung ist daher nur möglich, wenn eine ersprießliche Verwertung und Verwendung des bisher Erfundenen und Erschaffenen in weitgehendem Maße möglich ist. Dieser allgemeinen kulturellen Forderung gegenüber haben die Interessen der Einzelnen zu weichen.» BGE 57 II 459. Vgl. Stier-Somlo, Band VI, S. 889.

[22] In diesem Sinne definiert Kissin: «Ausstattung ist jede körperliche oder flächenmäßige Gestaltung der Ware oder ihrer Verpackung, soweit diese Gestaltung für die Qualität nicht maßgebend ist.» Kissin S. 12. Auch Boß S. 42.

[23] In diesen Wirkungen liegt, soweit sie beabsichtigt werden, der doppelte Zweck der Ausstattung.

[24] Die Ausstattung ist aber nicht allein ausschlaggebend, der Gebrauchszweck spielt hier eine wesentliche Rolle.

Wege hat die Ausstattung auf den Blick des Kunden dieselbe einprägende Wirkung, die ihrerseits wieder den gleichen Einfluß auf den Absatz der betreffenden Ware auszuüben vermag.

Die Wirkungen einer Ausstattung kommen jedoch nicht in jedem Fall zur Geltung. Sie sind davon abhängig, ob die kaufspsychologischen und absatzorganisatorischen Umstände hierfür günstig sind. Dies trifft namentlich dann zu, wenn die Qualität einer Ware vom Abnehmer nicht leicht überprüft werden kann, dem Abnehmer aber eine Auswahlmöglichkeit belassen ist. Dies dürfte beim heutigen Stand der Konkurrenz in sehr vielen Fällen zutreffen. In dieser Tatsache liegt der wirtschaftliche Wert der Ausstattung begründet.

3. Der Wert der Ausstattung

In der modernen Wirtschaft hat die Konkurrenz solche Formen angenommen, daß es kaum mehr eine Ware gibt, der kein Konkurrenzprodukt gegenübersteht. Zwischen ihnen besteht eine Rivalität, ein eigentliches Kampfverhältnis, denn der Wettbewerb ist ein Kampf, in dem sich die Konkurrenten gegenseitig übertreffen wollen, um so einen möglichst großen Teil der Kundschaft für sich zu gewinnen. Die oben dargestellten Wirkungen der Ausstattung machen diese zu einem hervorragenden Mittel in diesem Kampf; die Ausstattung hat ausgesprochenen *Wettbewerbscharakter.* Sie soll dem Gewerbetreibenden einen Vorsprung auf die Mitbewerber ermöglichen, indem ihre Gefälligkeit und ihre kennzeichnende Kraft für den Hersteller «um die Wette werben».

Wohl wissend um diese kaufspsychologischen Wirkungen der Ausstattung, haben daher die Hersteller nie Kosten und Mühe gescheut, die Erfolgsaussichten ihrer Produkte durch eine zügige Ausstattung zu verbessern. Das stetige Anwachsen der technischen Hilfsmittel lieferte das nötige Handwerkzeug dafür. Heute hat bei manchen Waren diese Entwicklung eine Stufe erreicht, die den Eindruck aufkommen läßt, die Ausstattung dieser Erzeugnisse sei bald wichtiger als die Ware selbst.

In derselben Linie des Wettbewerbs liegt die stets wachsende Tendenz des Handels, alle Produkte «im Päckli» auf den Markt zu bringen. Noch vor verhältnismäßig wenigen Jahren wurden sehr viele Erzeugnisse maßweise in Papiertüten und dergleichen verkauft; heute werden vor allem in den Städten selbst die alltäglichsten Gebrauchsartikel in eigenen Verpackungen angeboten. Es ließe sich hier leicht eine Unmenge von Beispielen aufzählen. Es sei aber nur etwa an das Apothekergeschäft erinnert, wo die Rezeptur von Fall zu Fall zu einem großen Teil durch fabrikverpackte Fertigprodukte verdrängt worden ist.

Die Ausstattung ist eine besondere Art *Reklame,* ein Aushängeschild, der einer Ware selbst äußerlich sichtbar anhängt, um sie zu *kennzeichnen.* Dieser Zusammenhang zwischen Ware und Ausstattung ist deshalb von ganz besonderer Reklamebedeutung, weil sie in jenem Zeitpunkt für das betreffende Erzeugnis wirbt, da es geprüft, mit dem Konkurrenzprodukt verglichen und — gekauft wird.

All dies hebt hervor, wie groß der Einfluß der Ausstattung auf den Absatz der ausgestatteten Ware ist. Sie birgt die Chance, daß die Ware nicht nur zum erstenmal, sondern auch in der Zukunft gekauft wird.

Diese Chance bildet für jenen,[25] der aus ihrem Verkauf Gewinn erzielen will, einen *Wert*. Die *Höhe* dieses Wertes hängt von der Größe der Chance ab, die durch die Ausstattung bewirkt wird. Diese Chance wieder ist um so größer, je stärker die individualisierende Kraft der Ausstattung auf die Vorstellung der Abnehmerschaft wirkt.

Stellt somit die Ausstattung für den Hersteller einen wirtschaftlichen Wert dar, so hat er alles Interesse daran, diesen Wert zu *erhalten*. Dies gelingt ihm einmal dann, wenn er die Ware mit der betreffenden Ausstattung immer wieder auf den Markt bringt; dadurch bleibt die Wirkung auf die Abnehmerschaft erhalten, oder sie wird sogar verstärkt. Zur Erhaltung des Wertes ist aber weiter erforderlich, daß kein anderer Unternehmer die Ausstattung für sich benützt, denn dadurch würde die individualisierende Kraft der Ausstattung in der Vorstellung der Abnehmerschaft geschwächt; zudem würde der andere Unternehmer aus einer fremden Leistung Nutzen ziehen. Darin läge eine Störung, durch welche die Gewinnchance des Erstherstellers beeinträchtigt würde.

Die Benützung der Ausstattung durch einen andern kann der Ersthersteller wider den Willen dieses andern nur dann verhindern, wenn er den Richter anruft. Und diese Anrufung hat nur dann Erfolg, wenn der Ersthersteller ein Recht hat, die Ausstattung unter Ausschluß der andern zu gebrauchen. Besteht dieses Recht, dann ist die Ausstattung geschützt. Hier liegt also die Rechtsfrage, die mit der Frage nach dem Ausstattungsschutz aufgeworfen wird. Bevor jedoch auf diese Frage eingegangen werden kann, soll die Darstellung der tatsächlichen Fragen des Ausstattungsschutzes durch eine Übersicht über die mannigfaltigen Erscheinungsformen der Ausstattung abgeschlossen werden.

4. Die Erscheinungsformen der Ausstattung

Entsprechend ihrem Zweck kann die Ausstattung die verschiedensten Erscheinungsformen annehmen. In dieser Vielgestalt liegt die Schwierigkeit einer Systematisierung; um diese zu überwinden, muß auf einen möglichst umfassenden Einteilungsgrund zurückgegriffen werden. Mir scheint ein solcher in der Dimensionalität der Ausstattung zu liegen. Die folgende Gruppierung stützt sich daher auf die Unterscheidung von zweidimensionalen und dreidimensionalen Ausstattungen.[26]

Die *zweidimensionalen* Ausstattungen sind Flächengestaltungen der Waren oder deren Verpackung mit irgendwelchen Mitteln, die auf das Auge wirken.

Ein erstes Mittel ist die *Farbgebung*. Denken wir etwa an die Färbung von Lebensmittelbüchsen, Farbdosen und Medikamentenschachteln. Sie kann einfärbig sein oder aus einer Zusammenstellung von mehreren Farben bestehen. Die Farbgebung tritt jedoch selten allein auf. Sie bildet meist den Untergrund für die folgenden Flächengestaltungen:

In der *Beschriftung* werden Worte, die mit der Ware in irgendeinem

[25] Dies ist in den meisten Fällen der Hersteller.

[26] Diese Trennung in zweidimensionale und dreidimensionale Ausstattungen darf nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, daß sie an den einzelnen Waren und Verpackungen gemeinsam in zweckmäßiger Verbindung auftreten.

Zusammenhang stehen, als Ausstattung verwendet. Sie nehmen die Gestalt einer charakteristischen Aufschrift entweder auf der Ware oder auf ihrer Verpackung an. Die Beschriftung ihrerseits kann wieder *typographische* Eigenarten aufweisen, denken wir dabei etwa an die Buchstabenformen eines Kalendertitels[27] oder an die besondere Stellung der Buchstaben.[28]

Ein weiteres Mittel zur Flächengestaltung ist die *Bebilderung*; Beispiele dafür sind der Aufdruck bestimmter Landschaftsbilder auf einen Kalenderumschlag,[29] die Abbildung der Fabrikanlagen auf der Verpackung des Produktes, auch die Villars-Kuh auf dem Schokoladeumschlag oder der Vogel im Nest auf der Verpackung der Nestlé-Schokolade.

Die *dreidimensionalen* Ausstattungen sind Formgestaltungen der Ware oder deren Verpackung. Denken wir etwa an die Dreieckform der C-Phos-Büchsen oder an die Kubusform der Steinfels-Seifenstücke; sehr zahlreiche Beispiele bieten die mannigfachen Flaschenformen,[30] sei es für Medikamente, Spirituosen oder Parfümerien. Auch die Form der Apparatensteckdosen,[31] Kerzenschachteln[32] und Zahnpastatuben gehören hierher.

Diese Beispiele mögen genügen, um eine Vorstellung von den Erscheinungsformen der Ausstattung zu vermitteln. Damit ist die letzte tatsächliche Frage des Ausstattungsschutzes behandelt, und wir können übergehen zur Darstellung der rechtlichen Fragen, die durch das Problem des Ausstattungsschutzes aufgeworfen werden.

2. KAPITEL

Die rechtlichen Grundlagen des Ausstattungsschutzes

Die *Rechtsfrage* des Ausstattungsschutzes ist die Frage nach dem *Recht* auf ausschließlichen Gebrauch der Ausstattung. Will der Hersteller einer Ausstattung allen anderen Konkurrenten den Gebrauch der gleichen oder einer ähnlichen Ausstattung durch den Richter verbieten lassen, dann muß er ein Recht haben, die Ausstattung unter Ausschluß der andern zu gebrauchen.

Dieses Recht wurde vom Bundesgericht in konstanter Praxis[33] als *Individualrecht an der Ausstattung* aufgefaßt. Durch das Zurückgreifen

[27] BGE 7, 397.
[28] BGE 69 II 297.
[29] BGE 21, 1132.
[30] BGE 55 II 255.
[31] BGE 70 II 157.
[32] BGE 46 II 153.
[33] BGE 21, 1188; 22, 161; 26 II 82; 27 II 383; 39 II 267; 40 II 605; 42 II 600; 46 II 153, 427; 56 II 36; 63 II 76, 163; 69 II 296; 70 II 110; 72 II 138. So die Praxis nach Art. 50 aOR und Art. 48 OR.

auf das grundlegende Recht der Persönlichkeit werden ebenso grundlegende Fragen aufgeworfen; sie sollen zunächst beantwortet werden, damit von dieser allgemeinen Basis zur besonderen Anwendung auf den Ausstattungsschutz aufgestiegen werden kann.

1. Abschnitt

Allgemeines

1. Das Verhältnis zwischen objektiver Rechtsregel und subjektivem Recht

Die privatrechtliche Grundfrage nach dem, was einer dem andern schuldet, kann letzten Endes immer nur auf Grund der Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Indessen wird die Erkenntnis, was im Einzelfalle rechtens ist, dadurch erleichtert, daß wir aprioristisch ein System von *objektiven Rechtsregeln* ausdenken, in welches der Einzelfall auf dem Wege der Regelanwendung eingeordnet werden kann. Es genügt aber nicht, dieses System von objektiven Rechtsregeln bloß auszudenken, denn dadurch ist noch niemand verpflichtet, diese Regeln zu achten. Daher muß der Gesetzgeber für die Rechtsanwendenden ein System *verbindlicher* Regeln aufstellen. Diese rechts*setzende* Tätigkeit des Gesetzgebers ist jedoch nicht rechts*schaffend;* er hat das Recht nur an Stelle des Richters in Regeln vorerkannt.[34]

Vom Standpunkt des Rechtsgenossen aus gesehen, werden durch das System der objektiven Rechtsregeln die *subjektiven Rechte* des Einzelnen umschrieben, denn subjektive Rechte sind die Befugnisse, welche dem Einzelnen auf Grund der objektiven Rechtsregeln zustehen.

Da es viele objektive Rechtsregeln gibt, müssen auch sie in einem Verhältnis zueinander stehen. Es ist dies in jedem Fall das Verhältnis des *Allgemeinen* zum *Speziellen.* Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Die allgemeinste objektive Rechtsregel heißt: «Jedem das Seine!» Ihr gegenüber ist die Regel des ZGB, wonach «unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen» vom Grundeigentum umfaßt werden,[35] eine speziellere Rechtsregel.[36]

Dasselbe Verhältnis des Allgemeinen zum Speziellen gilt auch für das Verhältnis der subjektiven Rechte untereinander; dies geht notwendig aus dem oben gezeichneten Verhältnis zwischen objektiven Rechtsregeln und subjektiven Rechten hervor. Somit ist das *allgemeinste* subjektive Recht die Befugnis jedes Menschen, das Seine zu verlangen. Entsprechend lautet das *speziellere* subjektive Recht: Dem Eigentümer gehören «unter Vor-

[34] Jäggi S. 24/25.

[35] Art. 667, Abs. 2, ZGB.

[36] Ein anderes Beispiel: Die objektive Regel: «Der Vertragsschuldner haftet für den aus schuldhafter Nichterfüllung entstandenen Schaden» ist weniger speziell als die Regel: «Der Dienstherr haftet für den dem Dienstpflichtigen durch mangelhaften Unterhalt der maschinellen Einrichtungen entstandenen Schaden.»

behalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen» des Grundstückes.[37, 38]

In der allgemeinsten Formulierung des subjektiven Rechtes als Befugnis jedes Menschen, das Seine zu verlangen, kommt zum Ausdruck, daß *jedes* subjektive Recht letzten Endes mit Rücksicht auf die *menschliche Persönlichkeit* besteht, weil eben «jeder», also jeder Mensch, als Mensch, gestützt auf seine Menschennatur, das Seine beanspruchen kann. Alle übrigen subjektiven Rechte stehen zu diesem allgemeinsten subjektiven Recht im Verhältnis des Speziellen zum Allgemeinen. Die Spezialität kann die verschiedensten *Grade* aufweisen; ihr Grundverhältnis zur menschlichen Persönlichkeit wird aber dadurch nicht berührt.

2. Das System der objektiven Rechtsregeln

Wohl hat der Gesetzgeber ein System von objektiven Rechtsregeln aufgestellt; jedoch ist dieses System unvollständig geblieben. Es ist voller Unvollkommenheiten, sei es, daß sich seine Regeln auf bestimmte Tatbestände überhaupt nicht erstrecken, sei es, daß die Regeln für die Tatbestände, auf die sie Anwendung finden sollten, zu allgemein oder zu speziell gefaßt sind. Dieser Zustand der Unvollkommenheit erklärt sich aus der ständigen Entwicklung der Lebensverhältnisse, die unvoraussehbare Einzeltatbestände mit sich bringen können; auch die technischen Schwierigkeiten der Gesetzgebung spielen eine Rolle.

Diese Unvollkommenheit wirkt sich wegen des oben[39] dargestellten Zusammenhanges zwischen objektiver Rechtsregel und subjektivem Recht in der Weise aus, daß die subjektiven Rechte, die direkt oder indirekt aus dem Recht der Persönlichkeit fließen und daher mit diesem gegeben sind, entweder nur durch mangelhafte objektive Rechtsregeln oder überhaupt nicht umgrenzt werden.

Die moderne Gesetzgebung, insbesondere das ZGB, versuchte diesen Unzulänglichkeiten dadurch abzuhelfen, daß auf eine subsidiäre und allgemeinste Regel zurückgegriffen wurde: Auf den Grundsatz von *Treu und Glauben.*

Einmal bildet dieser Grundsatz die allgemeine *Grundlage* der einzelnen Rechtsregeln. Die einzelnen Regeln sind nur Anwendungsfälle des Grundsatzes von Treu und Glauben, so daß sie von diesem Grundsatz her ihren Sinn, ihre «Durchleuchtung» erhalten.[40]

Die zweite Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben besteht darin, daß *Lücken* im System der objektiven Rechtsregeln nach «Treu und Glauben», also auf Grund vernünftiger[41] Würdigung der Umstände, ausgefüllt werden müssen.

Aus dem Verhältnis zwischen objektiven Rechtsregeln und subjektiven Rechten ergibt sich wiederum analog die doppelte Bedeutung des Grund-

[37] Art. 667, Abs. 2, ZGB.

[38] Ein anderes Beispiel: Das subjektive Recht des Pfandgebers, die Früchte des Pfandes zu ziehen, ist spezieller als das Recht des Eigentümers, die Sache zu nutzen.

[39] Vgl. S. 22/23.

[40] Egger NG zu Art. 2 ZGB.

[41] Vernünftig ist hier gleichbedeutend mit: dem Rechtsgefühl entsprechend.

satzes von Treu und Glauben für die *subjektiven* Rechte. Der Grundsatz von Treu und Glauben will einmal besagen, daß auch jedes subjektive Recht nur in dem Umfang besteht, als es Treu und Glauben entspricht. Mag auch eine spezielle Regel ihrem Wortlaut nach einen weiteren Umfang vermuten lassen, so ist eine Berufung darauf doch nicht gerechtfertigt. Eine solche Berufung wäre *Rechtsmißbrauch.*[42]

Die zweite Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben besteht darin, daß dort, wo überhaupt keine spezielleren Regeln bestehen, der Grundsatz von Treu und Glauben die einzige Schranke des subjektiven Rechtes bildet.

So verstanden, fällt die *Anwendung* des Grundsatzes von Treu und Glauben zusammen mit dem allgemeinsten Grundsatz, daß «jedem das Seine» gegeben werden müsse. Somit besteht auch er im Hinblick auf die menschliche Persönlichkeit.

Im System der objektiven Rechtsregeln zeigt es sich, daß die Bildung objektiver Rechtsregeln nicht auf allen Gebieten gleich stark ist. Je unpersönlicher die Rechtsgüter sind, um so stärker ist die Regelbildung; sie ist daher im reinen Vermögensrecht, d. h. im Sachen- und Obligationenrecht, am reichsten. Am schwächsten dagegen ist die Regelbildung im Bereich des *Persönlichkeitsrechts.* Dieser Zustand wurde schon früh als ungenügend empfunden; Wissenschaft und Gesetzgebung[43] strebten daher nach einem weitergehenden Ausbau.

Rechtswissenschaft und Rechtsprechung haben daher im Bereich des Persönlichkeitsrechtes auf Grund von Art. 28 ZGB ein ganzes System[44] einzelner subjektiver Rechte ausgebaut, die man als *Iidividualrechte* bezeichnen kann. Dabei werden verschiedene Gruppen unterschieden:

Eine Gruppe bilden Rechte an den *inneren,* höchstpersönlichen Gütern als eigentliche und ursprüngliche Seinsrechte des Menschen. Es sind dies die seelischen Güter, Leib und Leben, Gesundheit, körperliche Integrität und Gefühlsleben, dann aber auch die Freiheit zur Betätigung und das Recht an der aus dieser Betätigung erwachsenden Arbeitsleistung.

Eng an diese Gruppe angelehnt liegt die Gruppe der Rechte an *äußeren* persönlichen Gütern, die gewissermaßen die Ausstrahlungen der Rechtspersönlichkeit nach außen hin umschließen und sich erst aus dem Zusammenleben mittelbar als Beziehungsrechte ergeben. Es sind dies die Ehrengüter, sei es die persönliche Ehre, sei es die berufliche oder geschäftliche Ehre der wirtschaftlichen Persönlichkeit. Ferner muß hier die Geheimsphäre genannt werden, auch wieder als private Geheimsphäre oder als Berufs- oder Geschäftsgeheimnis der wirtschaftlichen Persönlichkeit. Ebenso gehören die Kennzeichnungsgüter hierher, die für die Identifizierung der Persönlichkeit bestimmt sind, sei es als individueller Name oder als Kennzeichen der wirtschaftlichen Persönlichkeit in seiner verschiedenartigen Gestaltung.

[42] Der innere Zusammenhang zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Rechtsmißbrauch kommt im Art. 2 ZGB zum Ausdruck; derselbe Gedanke, der in Abs. 1 als *Gebots*norm zum Ausdruck kommt, wird im Abs. 2 in eine *Verbots*norm gekleidet.

[43] Ausbau des Persönlichkeitsrechtes im ZGB.

[44] Diese Darstellung der Individualrechte folgt den Ausführungen über die Persönlichkeitsrechte im Kommentar Egger, insbes. S. 243 ff.

Je unpersönlicher diese äußern, als persönlich bezeichneten Güter sind, je mehr es sich um Güter handelt, die für die Erwerbstätigkeit und weniger für die Geltung ihres Trägers als Mensch von Bedeutung sind, um so eher ist es am Platze, die «Individualrechte» an diesen Gütern, gleich den Rechten an Sachgütern, zu verselbständigen. Sie sind zwar Ausfluß der «wirtschaftlichen Persönlichkeit». Die Berufung darauf ist durchaus richtig, aber überflüssig und mißverständlich; überflüssig, weil sich schließlich jedes Recht auf das Recht der Persönlichkeit zurückführen läßt und von diesem her verstanden werden muß; mißverständlich, weil der Terminus «Persönlichkeitsrecht» die weitere Bedeutung der «Höchstpersönlichkeit» in sich schließt, da er für jene am unmittelbarsten aus der Menschennatur fließenden Befugnisse vorbehalten ist, die nicht mehr als subjektive Einzelrechte verselbständigt werden können.

Die heutige Rechtsentwicklung befindet sich in einem Stadium dieser Abspaltung und Verselbständigung der aus der «wirtschaftlichen Persönlichkeit» fließenden «Individualrechte», und demgemäß auch im Stadium der Ausbildung von Einzelregeln, welche diese «Individualrechte» umgrenzen. So spricht man von einem subjektiven Recht auf *wirtschaftliche Betätigung*, das seinerseits das speziellere Recht auf Teilnahme am Wettbewerb in sich schließt. Dieses Recht besteht in der Befugnis des Einzelnen, als selbständiger Unternehmer aufzutreten und mit anderen Unternehmern auf dem gleichen Gebiete wirtschaftlicher Betätigung in Konkurrenz zu treten.

Dieses Recht auf Wettbewerb ist nicht in seinem ganzen Umfang durch spezielle Rechtsregeln umgrenzt. Sicher ist nur, daß es, wie jedes subjektive Recht, durch den Grundsatz von Treu und Glauben umschrieben ist.[45] Und sodann steht fest, daß dieses Recht auf Wettbewerb notwendig die Befugnis in sich schließt, die Mitbewerber in ihren Erfolgschancen und Gewinnmöglichkeiten zu beeinträchtigen, denn darin liegt ja gerade der Wettbewerb, daß sich mehrere um das gleiche bewerben, also einander die gleichen Chancen streitig machen.[46]

Die Befugnis, andere in ihren Gewinnmöglichkeiten zu beeinträchtigen, besteht aber gemäß der allgemeinen Regel ebenfalls nur insofern, als die Wettbewerbshandlung nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt; wann dies zutrifft, ist an sich auf Grund der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden.

Das UWG[47] hat nun aber immerhin, gestützt auf die frühere Gerichtspraxis, für verschiedene Tatbestände einzelne spezielle Regeln festgehalten, welche für das Gebiet des Wettbewerbs näher umschreiben, welchen Inhalt der Grundsatz von Treu und Glauben in diesen *Tatbestän-*

[45] Der Grundsatz von Treu und Glauben besagt auch hier, daß der Umfang des Rechtes im Einzelfall auf Grund der Umstände festzustellen ist.

[46] Spann, S. 153: «Wettbewerb ist das Einanderübertreffenwollen in gleichartigen Leistungen.» Lexis, S. 1371: «Wettbewerb ist das Verhältnis solcher Personen zueinander, die mit Aufwand irgendwelcher Mittel einen Zweck erstreben, den sie nicht alle erreichen können.»

[47] Das UWG hat seine verfassungsmäßige Grundlage in den Art. 34ter, 64 und 64 bis BV. Es ist seit dem 1. März 1945 in Kraft mit Ausnahme der Art. 17 bis 19 betr. Ausverkäufe und Zugaben.

den hat.[48] Damit hat das UWG auch den Umfang des Rechtes auf Wettbewerb deutlicher umgrenzt, wobei der Zusammenhang dieser speziellen Regeln mit dem Grundsatz von Treu und Glauben besonders klar ist.

Eine dieser speziellen Regeln betrifft den *Tatbestand* des Ausstattungsschutzes. Wie diese Regelung im einzelnen getroffen wurde, soll im folgenden Abschnitt gezeigt werden.

2. Abschnitt

Der Ausstattungsschutz im speziellen

1. Generalklausel — Spezialtatbestand

Zur Umschreibung eines Haupt-Tatbestandes sind in der Regel zwei Möglichkeiten gegeben: Einmal jene der Generalklausel und dann jene der Aufzählung einiger Spezialtatbestände, die unter den Haupttatbestand fallen.

Daß in Hinsicht auf die vielgestaltigen Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbes für den zivilrechtlichen[49] Schutz das System der Generalklausel gewählt wurde, war dringend notwendig. Es ist schlechthin unmöglich, mit der kasuistischen Methode eine umfassende und vor allem dauerhafte Regelung zu treffen; wollte man sich auch dazu entschließen, so müßte man doch nach einiger Zeit erkennen, daß die fortschreitende Entwicklung der Wirtschaft die Formen des Wettbewerbs in einer bisher unbekannten Art und Weise beeinflußt. Dies könnte zu neuen Methoden führen, die ebenfalls den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs erfüllen würden; diesen stünde man machtlos gegenüber, es sei denn, man entschließe sich zu einer Gesetzesrevision. Aber ganz abgesehen von der Umständlichkeit dieser Methode, würde diese Art und Weise der gesetzlichen Regelung mit der Schnelligkeit der Entwicklung nur in den seltensten Fällen Schritt halten.[50]

Eine Generalklausel ist nun aber nur dann wirklich umfassend, wenn sie abstrakt gehalten ist; dies hat den Nachteil der geringen Anschaulichkeit, der indessen dadurch behoben werden kann, daß an Hand einiger Beispiele näher ausgeführt wird, welche Handlungen nach der Ansicht des Gesetzgebers insbesondere unter die Generalklausel fallen. Diesen Beispielen käme dann etwa die Bedeutung einer authentischen Interpretation der Generalklausel zu.

Diese kombinierte Methode, die als kluger Mittelweg gewertet werden muß, wurde für die Umschreibung des Tatbestandes des unlauteren Wett-

[48] Dies ist die Aufgabe aller speziellen Regeln.

[49] Im Gegensatz zur Zivilklage ist die Strafklage an abschließend aufgezählte Einzeltatbestände gebunden, entsprechend dem Grundsatz: Nulla poena sine lege. Daher ist die Aufzählung des Art. 14, lit. a bis g, UWG erschöpfend. Weil sich diese Arbeit auf den Ausstattungsschutz im Zivilrecht beschränkt, kann auf die Eigenarten der strafrechtlichen Regelung nicht näher eingetreten werden.

[50] Botschaft des BR zum UWG, BBl 1942, S. 678.

bewerbes verwendet.[51, 52] Die abstrakt gehaltene Generalklausel wurde mit einiger Ausführlichkeit durch acht Spezialtatbestände näher umschrieben. «Diese Liste hat keine abschließende Bedeutung, so daß jede Schlußfolgerung, die unlauteren Wettbewerb nur in den besonderen Fällen von lit. a bis h annehmen wollte, verfehlt wäre. Wenn eine Handlung oder Unterlassung keinen speziellen Tatbestand erfüllt, so ist doch stets noch zu prüfen, ob sie allenfalls unter die Generalklausel subsumiert werden kann.»[53, 54, 55]

Die Generalklausel steht also durchaus im Vordergrund; der Grundsatz von Treu und Glauben ist die Grundlage. Eine Praxis, die dies übersehen wollte, würde dem Sinn des Gesetzes nicht gerecht werden.

Der Ausstattungsschutz ist somit auch schon durch die Generalklausel des UWG in vollem Umfang gewährleistet. Eine nähere Untersuchung der Spezialtatbestände aber ergibt, daß Art. 1, lit. d, UWG den Tatbestand des Ausstattungsschutzes dem Sinne nach, wenn auch nicht expressis verbis, besonders umschreibt. Art. 1, Abs. 1, UWG — die Generalklausel — und Abs. 2, lit. d — der Spezialtatbestand — lauten:

«Unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Gesetzes ist jeder Mißbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen.

Gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstößt beispielsweise, wer Maßnahmen trifft, die bestimmt oder geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen.»

2. Der Art. 1, lit. d, UWG

a) Das Leistungsprinzip

Der Art. 1, lit. d, UWG ist die spezielle Regel, die den Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben für den Tatbestand des Ausstattungsschutzes näher umschreibt. Sein Grundgedanke liegt darin, daß ein Recht auf freien Wettbewerb deshalb gegeben ist, damit jeder seine eigenen persönlichen Güter, wie Intelligenz, Phantasie und Unternehmungslust, nutzen kann. Ein jeder soll die Möglichkeit haben, etwas zu *leisten* und so Gewinn zu erzielen.

[51] Grundsätzlich dieselbe Lösung hatte der Entwurf 1934 des UWG vorgesehen. Vgl. Botschaft des BR BBl. 1934, Band II, S. 513 ff.

[52] Anderer Ansicht war Ständerat Bally, indem er erklärte, die Generalklausel sollte ausgebaut, die Beispiele sollten gestrichen werden. Amtl. sten. Bull. Ständerat 1943, S. 28.

[53] Botschaft des BR zum UWG, BBl 1942, S. 689.

[54] Botschaft des BR zum UWG, BBl 1942, S. 679: «Diese Erläuterungen beziehen sich aber nur auf ein einzelnes Tatbestandselement, so daß den sog. Spezialtatbeständen keine selbständige und vor allem keine abschließende Bedeutung zukommt.»

[55] Daß diese Exemplifikation aber nicht zu weit gehen darf, hebt Ständerat Iten hervor, indem er der «allzu umfangreichen Kasuistik, in die man verfallen war, die alles Mögliche regeln, alle möglichen Tatbestände in das Gesetz aufnehmen wollte», eine Hauptschuld an der Beiseitelegung des Entwurfes 1934 in die Schuhe schiebt. Amtl. sten. Bull. Ständerat 1943, S. 24.

Geht nun aber ein Wettbewerber im Wettbewerb so vor, daß er «Verwechslungen mit den Waren, Werken oder *Leistungen* ... eines andern herbeiführt»,[56] dann nutzt er nicht die eigenen persönlichen Güter, sondern das Ergebnis fremder Leistung. Ein solches Vorgehen läßt sich mit dem Recht dieses andern auf wirtschaftliche Betätigung, das seinerseits aus dem *Recht der Persönlichkeit* fließt und aus diesem heraus zu verstehen ist, nicht in Übereinstimmung bringen. Es wird auch folgerichtig immer dann, wenn sich ein solcher Einzelfall verwirklicht, vom Rechtsgefühl als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben empfunden. Das Recht, den Konkurrenten durch eigene, gewinnerzielende Tätigkeit in seinen Gewinnmöglichkeiten zu stören, besteht somit nur insoweit, als die Störung auf *eigener* Leistung beruht. Dies ist das Prinzip des *Leistungswettbewerbes.*

Sobald daher der Wettbewerber *fremde* Leistung ausnützt, handelt er *widerrechtlich.* Diese Widerrechtlichkeit ist, wie jede Widerrechtlichkeit auf dem Gebiete des Privatrechtes, objektiver und subjektiver Art.[57]

Sie ist eine *objektive* Widerrechtlichkeit, weil sie einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben bedeutet; denn dieser Grundsatz ist es, der zur Bildung der Regel führt: Niemand darf im Wettbewerb eine fremde Leistung ausnützen. *Subjektiv* ist die Widerrechtlichkeit deshalb, weil durch die Regel, niemand dürfe im Wettbewerb eine fremde Leistung ausnützen, das Recht auf Wettbewerb umgrenzt wird; dadurch wird zugleich ein entgegenstehendes Recht anerkannt, daß keiner im Genuß des Ergebnisses seiner eigenen Unternehmungsleistung durch die Ausnützung dieser Leistung durch einen anderen Wettbewerber gestört werden darf. Dieses subjektive Recht ist das *Individualrecht an der eigenen Unternehmungsleistung.* Es wird dadurch verletzt, daß ein anderer die Leistung ausnützt.

In der Begrenzung des Rechts auf den Wettbewerb ist somit die Anerkennung eines *Individualrechtes am Geleisteten* im dargestellten Sinne eingeschlossen. Auch dieses Recht läßt sich auf das Recht auf wirtschaftliche Betätigung und damit auf das Recht der Persönlichkeit zurückführen; es besteht nur soweit, als diese Zurückführung möglich ist.

b) Die Ausstattungsnachahmung als Verletzung des Individualrechtes an der eigenen Leistung

Eine Wettbewerbshandlung, die in hohem Maße geeignet ist, Verwechslungen[58] zu schaffen und das Ergebnis *fremder* Leistung auszunützen, ist die *Nachahmung* einer gleichen oder ähnlichen Ausstattung für eine gleiche Ware, sofern zugunsten dieser Ware eine Verkehrsgeltung besteht.[59] Die Verkehrsgeltung[60] als die durch die kennzeichnende, individualisierende Kraft der Ausstattung einer Ware bewirkte Vorstellung der Abnehmerschaft ist durch die *eigene Leistung* des Herstellers erreicht

[56] Art. 1, lit. d, UWG.
[57] Vgl. die Darstellung der Widerrechtlichkeitstheorien im 4. Kapitel, III. Abschnitt.
[58] Art. 1, lit. d, UWG.
[59] Die Verkehrsgeltung wird im 3. Kapitel ausführlich behandelt.
[60] Der Begriff der Verkehrsgeltung wird im 3. Kapitel eingehend erörtert.

worden. Sie beruht auf einer Unternehmungsleistung[61] des Herstellers. An dieser Leistung besteht ein Individualrecht des Herstellers, das aber seinerseits wieder begrenzt ist, mit Rücksicht auf die Wettbewerbsfreiheit der Mitbewerber. Wird diese Leistung beim Namen genannt, dann heißt dies: An der Ausstattung besteht ein Individualrecht des Herstellers. Als solches hat es absolute Geltung, das heißt jedermann gegenüber.[62]

Gegen diese absolute Geltung verstößt jener Konkurrent, der unter Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben die Ausstattung nachahmt. Er nützt dadurch die Leistung des Erstherstellers aus, und dies wieder bedingt eine Verletzung des Individualrechtes an der eigenen Unternehmungsleistung; kurz: Die Ausstattungsnachahmung ist *eine Verletzung des Individualrechtes an der eigenen Leistung.*

3. Die Individualrechtstheorie

Über das Verhältnis zwischen objektiven Rechtsregeln und subjektiven Rechten, über den Grundsatz von Treu und Glauben und schließlich über das Leistungsprinzip führte der Weg zum *Individualrecht an der eigenen Leistung.* Dieser scheinbar weite Weg wird in der Doktrin als *Individualrechtstheorie* bezeichnet.[63] Um ihren Grundgedanken klar herausschälen zu können, soll der Gedankengang der Individualrechtstheorie in ihrer Anwendung auf den Ausstattungsschutz in einer knappen Formulierung zusammengefaßt werden:

1. Der Gesetzgeber hat ein System objektiver Rechtsregeln aufgestellt. Durch diese Regeln werden die subjektiven Rechte der Rechtsgenossen umgrenzt.

2. Die allgemeinste Rechtsregel ist der Grundsatz von Treu und Glauben, das allgemeinste subjektive Recht ist das Recht der Persönlichkeit. Die speziellen Rechtsregeln lassen sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ableiten, die speziellen subjektiven Rechte aus dem Recht der Persönlichkeit. Zu den Einzelrechten, die erst in neuester Zeit aus dem Recht der wirtschaftlichen Persönlichkeit abgeleitet wurden, gehören die sog. wirtschaftlichen Individualrechte.

3. Eines dieser Individualrechte ist das Recht auf wirtschaftliche Betätigung; aus ihm folgt *einerseits* das Recht auf Wettbewerb, d. h. das Recht, die in der freien Wirtschaft gegebenen Gewinnchancen durch eigene Leistung für sich zu realisieren und sie dadurch den andern wegzunehmen, und *anderseits* das *Recht am Geleisteten,* d. h. an der Unternehmungsleistung.

[61] Es fallen hier Güte und Preiswertigkeit der Ware, Kosten und Originalität der Ausstattung, Werbung für Ware und Ausstattung in Betracht.

[62] «Absolut» bedeutet in diesem Zusammenhang nur Geltung jedermann gegenüber, nicht Geltung unter allen Umständen. Als extreme Illustration dazu mag die Tatsache dienen, daß selbst das innerste aller Individualrechte, das Leben, nicht unter allen Umständen Rechtsschutz genießt, z. B. das Leben des Angreifers im Falle der Notwehr.

[63] Diese für das schweizerische Recht geschriebene Arbeit stützt sich bewußt auf schweizerische Autoren, wie Guisan, Egger, Bühler, v. Thur, um dem Vorwurf zuvorzukommen, die Individualrechtstheorie sei lediglich von ausländischen, vor allem deutschen Wissenschaftlern entwickelt worden. Selbstverständlich bestehen Parallelitäten. Vgl. vor allem Kohler in den zitierten Werken.

4. Keines dieser Rechte ist unbegrenzt. Das Recht des einen auf Wettbewerb und das Recht des andern auf das Geleistete können im Einzelfall untereinander in Widerspruch treten. Die Grenzziehung erfolgt durch den Grundsatz von Treu und Glauben und die daraus abgeleiteten Einzelregeln, die ihrerseits wieder auf einer Abwägung und Wertung der widerstreitenden Interessen am Wettbewerb bzw. an der Unternehmungs*leistung* beruhen.[64]

5. Eine solche Leistung des Wettbewerbers ist die kennzeichnende Ausstattung.

6. Durch die Nachahmung dieser kennzeichnenden Ausstattung von seiten eines anderen Wettbewerbers wird die Leistung in einer dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben und der spezielleren Regel des Art. 1, lit. d, UWG widersprechenden Weise ausgenützt und dadurch das Individualrecht an der eigenen Leistung verletzt.

Diese Theorie blieb aber nicht unwidersprochen. Vor allem im Zusammenhang mit dem UWG ist eine neue Theorie entwickelt worden: Die Leistungswettbewerbstheorie.[65]

4. Die Leistungswettbewerbstheorie

Die Leistungswettbewerbstheorie sieht ihren Ausgangspunkt in der Wettbewerbsfreiheit. Danach ist jeder Wettbewerber frei, das zu leisten,[66] was er vermag, mit anderen Worten: «Der Leistungswettbewerb allein entspricht dem Sinn des Grundsatzes der freien Konkurrenz. Daß der weniger Leistungsfähige verdrängt und unter Umständen in seiner mit viel Mühe errungenen wirtschaftlichen Existenz erschüttert wird, ergibt sich hieraus als notwendige Folge, deren Milderung nicht Sache des Wettbewerbsrechtes, sondern eventuell des Wirtschaftsverfassungsrechtes ist. Im Wettbewerb hat keiner Anspruch auf die Wahrung seiner Position.[67] Auch dadurch, daß der den andern verdrängende Mitbewerber sich der schädigenden Folgen für jenen bewußt ist, wird sein Wettbewerb nicht unzulässig.»[68]

Soweit klingt diese Theorie wie Manchestertum in Reinkultur. Nun folgt jedoch die wesentliche Einschränkung, indem die Wahl der *Mittel*, mit denen dieser Kampf geführt wird, so getroffen werden muß, daß der Grundsatz von *Treu und Glauben* nicht verletzt wird. Warum das? — Weil der Grundsatz von Treu und Glauben «eine sinngemäß dem Recht zum freien Wettbewerb gesetzte *immanente Schranke*»[69] darstellt. Die

[64] Vgl. Guisan: La protection de la personnalité.

[65] Diese Benennung habe ich selbst gewählt, um in einem Wort die Gedankengänge der Theorie anführen zu können. Hauptvertreter: Germann, und ihm folgend: Boß, Wolfer.

[66] Germann, ZbJV 1936, S. 59.

[67] Botschaft des BR zum UWG, BBl 1942, S. 688: «Die Behinderung der Mitbewerber schlechthin kann eine bestimmte Handlung allein noch nicht zum unlauteren Wettbewerb stempeln, da sie als eine natürliche Folge der gegenseitigen Konkurrenz unvermeidlich ist.»

[68] Germann ZbJV 1936, S. 59/60.

[69] Germann, Kommentar, S. 246.

Verwendung von diesem Grundsatz zuwiderlaufenden Mitteln bildet einen Mißbrauch des Rechtes der freien Konkurrenz.[70]

«Unlauterer Wettbewerb liegt somit vor, wenn in der wirtschaftlichen Tätigkeit Mittel verwendet werden, die bestimmt oder geeignet sind, ohne entsprechende *eigene* Leistung andere im Wettbewerb zu behindern oder sie von diesem auszuschließen oder dem eigenen Angebot einen Vorsprung zu sichern.»[71] Es darf also kein Wettbewerbserfolg erreicht werden durch das unlautere Vorspannen einer Leistung irgendeines Mitbewerbers, genau so, wie der Radfahrer im sportlichen Wettkampf sich nicht am Rad des Konkurrenten[72] anhängen darf bis kurz vors Ziel, um dann mit frischen Kräften den Ausgenutzten aus dem Felde zu schlagen.

Zusammenfassend ergibt sich folgender Gedankengang der Leistungswettbewerbstheorie:

1. Die Grundlage des Wettbewerbs ist die Wettbewerbsfreiheit.
2. Der Sinn dieser freien Konkurrenz liegt im Leistungsprinzip.
3. Die Verwendung der Mittel in diesem freien Wettbewerbskampf findet ihre Grenzen im Grundsatz von Treu und Glauben als einer sinngemäß dem Recht zum freien Wettbewerb gesetzten immanenten Schranke.
4. Wer diese immanente Schranke überschreitet, der mißbraucht dadurch das Recht der freien Konkurrenz.

5. Die Auseinandersetzung zwischen der Individualrechtstheorie und der Leistungswettbewerbstheorie

Die Gegenüberstellung der Individualrechtstheorie und der Leistungswettbewerbstheorie zeigt zunächst, daß beide Theorien ein Recht auf freien Wettbewerb anerkennen; ebenso anerkennen beide Ansichten das Leistungsprinzip als den Sinn dieses Rechtes auf freie Konkurrenz. Sie betrachten daher beide alle jene Wettbewerbshandlungen als unlauter, «die bestimmt oder geeignet sind, ohne entsprechende *eigene* Leistung andere im Wettbewerb zu behindern oder ganz von diesem auszuschließen oder dem eigenen Angebot einen ungerechtfertigten Vorsprung zu sichern»;[73] denn diese Handlungen als Verwendungen unlauterer Mittel im Konkurrenzkampf widersprechen dem Grundsatz von Treu und Glauben.[74] — Soweit stimmen die beiden Theorien überein. Dann aber trennen sich ihre Ansichten. Die Individualrechtstheorie macht den Schutz gegen die unlautere Wettbewerbshandlung vom Nachweis eines Individualrechtes an der Unternehmungsleistung abhängig. Die Leistungswettbewerbstheorie dagegen verlangt lediglich den Nachweis einer Wettbewerbshandlung, die

[70] Hier scheint im Vergleich zum bisherigen Recht eine Neuerung aufzutauchen; Egger weist jedoch auf die Tatsache hin, daß das Bundesgericht in reicher Praxis zum Art. 50 aOR den Rechtsmißbrauch verpönt hat, und zwar in der Form der mißbräuchlichen Ausübung der Rechte wie auch als mißbräuchliche Betätigung der natürlichen Freiheit. Vgl. Egger, S. 72, und BGE 32 II 365. Damals war der Art. 50 aOR auch die gesetzliche Grundlage des Ausstattungsschutzes.

[71] Botschaft des BR zum UWG BBl 1942, S. 688.

[72] Lateinisch: concurrere: mit — eilen.

[73] Botschaft des BR vom 3. Nov. 1942, BBl 1942, S. 686 ff. Germann, Kommentar, S. 242; BGE 72 II 392 ff.

[74] UWG Art. 1, Abs. 1.

den Zweck hat, den guten Ruf des Konkurrenten oder seiner Waren dem eigenen Angebot dienstbar zu machen; eine solche Handlung ist ein *Mißbrauch* des Rechtes auf freien Wettbewerb.[75]

Darin scheint ein unüberbrückbarer Gegensatz zwischen den beiden Theorien zu bestehen. Ob dies jedoch tatsächlich der Fall ist, kann am besten klargelegt werden durch die Darstellung der Art und Weise, wie die beiden Theorien den zum Wirksamwerden des Schutzes erforderlichen Nachweis der Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung führen. Die Beispiele für diese Darstellung werden, entsprechend dem Gegenstand dieser Arbeit, aus dem Gebiete des Ausstattungsschutzes gewählt.

Die *Individualrechtstheorie* betrachtet das Bestehen eines Individualrechtes des Herstellers der von der Verwechslungsgefahr betroffenen Ausstattung dann als nachgewiesen, wenn diese Ausstattung *Verkehrsgeltung*[76] erlangt hat. Diese Verkehrsgeltung ist dann vorhanden, wenn die individualisierende Kraft der Ausstattung in der Vorstellung der beteiligten Verkehrskreise einen Hinweis auf den Hersteller der ausgestatteten Ware bewirkt.[77] Diese Hinweiswirkung ist dank einer Unternehmungsleistung entstanden; der betreffende Unternehmer hat das ausschließliche Recht auf ihre wirtschaftliche Ausbeutung. Kein anderer Wettbewerber darf Maßnahmen treffen, die zur Ausbeutung dieser Unternehmungsleistung führen kann. Die Nachahmung der betreffenden Ausstattung ist aber in hervorragendem Maße geeignet, eine solche Ausbeutung zu ermöglichen, weil dadurch eine Verwechslungsgefahr der beiden konkurrierenden Ausstattungen geschaffen wird. Aus diesem Grunde muß die Ausstattungsnachahmung als Eingriff in das Individualrecht des Erstherstellers an seiner eigenen Unternehmungsleistung betrachtet werden. Aufgabe des Ausstattungsschutzes ist es, denjenigen, zu dessen Gunsten die Ausstattung wirkt, gegen diesen Eingriff zu schützen.

Gemäß der *Leistungswettbewerbstheorie* hat, wer den Ausstattungsschutz anrufen will, einen Mißbrauch des Rechtes auf freien Wettbewerb nachzuweisen. Ein solcher Mißbrauch liegt dann vor, wenn eine Ausstattung nachgeahmt wird, um den guten Ruf des Konkurrenten oder seiner Waren sich nutzbar zu machen; ob die betreffende Ausstattung Verkehrsgeltung erlangt hat oder nicht, ist *unwesentlich*.[78]

In diesem Verzicht der Leistungswettbewerbstheorie auf die Verkehrsgeltung liegt ein wesentlicher Unterschied zur Individualrechtstheorie. Allein es zeigt sich nun, daß auch die Leistungswettbewerbstheorie nicht auf den Begriff der Verkehrsgeltung verzichten kann. Das Bundesgericht ist nämlich dem Verzicht auf die Verkehrsgeltung entgegengetreten, indem es erklärte, daß ein Mißbrauch des Rechtes auf freien Wettbewerb nicht schon dann vorliege, wenn schlechthin eine Verwechslungsgefahr zwischen zwei Ausstattungen besteht. Hievon kann nur dann gesprochen werden, wenn der Urheber der Verwechslungsgefahr durch diese die Möglichkeit erlangt, ohne entsprechende eigene Leistung seine wirtschaftliche Stellung auf Kosten derjenigen eines bestimmten Konkurrenten oder zum minde-

[75] Art. 1, Abs. 1, schließt an Art. 2 ZGB an.
[76] Vgl. hiezu das 3. Kapitel.
[77] BGE 63 II 163; 69 II 297; 70 II 112.
[78] Germann, Kommentar, S. 281.

sten der Konkurrenten im allgemeinen zu verbessern. Nicht die Verwechselbarkeit als solche, um ihrer selbst willen, soll verhindert werden, sondern ihre Ausnützung zum Zwecke, sich das Resultat der Arbeit oder der allgemeinen geschäftlichen Leistungen anderer in unstatthafter Weise anzueignen.[79] Eine solche Ausnützung ist aber nur dann möglich, «wenn infolge der Ähnlichkeit der Ausstattungen die Gefahr besteht, daß die Käufer in den Glauben versetzt werden, das Erzeugnis eines bestimmten Herstellers oder einen Artikel von bestimmter Qualität zu erhalten, während es sich in Wirklichkeit um ein anderes Erzeugnis oder eine Ware von geringerer Qualität handelt ... Eine solche Täuschungsmöglichkeit der Abnehmer kommt aber nur in Frage, wenn die von der Verwechslungsgefahr bedrohte Ausstattung die Wirkung eines *Hinweises* auf einen bestimmten Hersteller oder doch auf eine bestimmte Qualität der Ware hat».[80] Aus dieser Formulierung des Bundesgerichtsentscheides geht eindeutig hervor, daß auch nach dem UWG der Nachweis der Verkehrsgeltung *notwendig* ist.

Dagegen ist das Bundesgericht mit der Leistungswettbewerbstheorie darin einig, daß der «Nachweis eines Individualrechtes» nach dem UWG nicht mehr erforderlich ist. — Demgegenüber muß jedoch festgehalten werden, daß der Nachweis eines «Individualrechtes» auch unter dem alten Recht in nichts anderem bestand als im Nachweis der Verkehrsgeltung.[81] Wenn daher der Nachweis der Verkehrsgeltung weiterhin verlangt wird, so ist damit auch ohne weiteres der Nachweis des Individualrechtes an der Ausstattung gefordert. Die Bezeichnung Individualrecht bedeutet in diesem Zusammenhang nichts anderes, als daß derjenige, für dessen Ausstattung eine Verkehrsgeltung besteht, für diese Ausstattung Schutz gegen Nachahmungen verdient: Sein Interesse an der Ausstattung ist rechtlich geschützt. Ein rechtlich geschütztes Interesse aber ist ein subjektives Recht, das man in diesem Zusammenhang als Individualrecht bezeichnen kann.[82]

Die Anerkennung eines solchen Individualrechtes scheint mir nicht im Widerspruch zu stehen mit der Anschauung des UWG, die den unlauteren Wettbewerb als Mißbrauch des Rechtes auf freien Wettbewerb betrachtet. Der Rechtsmißbrauch ist die Überschreitung der jedem subjektiven Rechte *immanenten* Schranken, die sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben.[83] Der Grundsatz von Treu und Glauben und damit die dem Gebrauch der subjektiven Rechte immanenten Schranken sind unerklärlich, wenn der Wettbewerber als isolierter Rechtsträger betrachtet wird. Stellt man aber den Wettbewerber als Einzelglied in die Vielheit der

[79] Bolla, Protokoll der 1. Expertenkommission, S. 21.

[80] BGE 72 II 392 ff.

[81] Bzw., nach der früheren Rechtsprechung, in der Originalität der Ausstattung; BGE 69 II 296; 63 II 163.

[82] Ob der Hinweis auf einen bestimmten Hersteller oder auf eine bestimmte Qualität seiner Ware gerichtet ist, kann nicht entscheidend sein, weil die Hinweiswirkung so oder so auf der Unternehmungsleistung eines bestimmten Herstellers beruht; unerläßlich ist nur, daß die Ausstattung zugunsten des Herstellers *wirkt*. Diese Feststellung gilt für die Auffassung der Verkehrsgeltung durch die ganze Arbeit, wenn dies jeweils auch nicht eigens hervorgehoben wird.

[83] Egger, S. 73.

gleichberechtigten Mitbewerber hinein, dann ergibt sich diese Beschränkung ohne weiteres aus der gegenseitigen Gleichberechtigung der Wettbewerber. In dieser Wettbewerbsgemeinschaft stehen dem subjektiven Rechte des Einzelnen gleichgeartete subjektive Rechte der anderen Wettbewerber entgegen,[84] mit denen er in Beziehung tritt. Überschreitet nun ein Wettbewerber die Grenzen seines subjektiven Rechtes, dann mißbraucht er sein Recht; dieser Mißbrauch hat aber unmittelbar die Verletzung der nachbarlichen subjektiven Rechte zur Folge. Das Erfordernis, diese Rechtsverletzung nachweisen zu müssen, steht daher nicht im Widerspruch zum Kriterium des Rechtsmißbrauches; im Gegenteil, es ist eine notwendige Ergänzung, denn dem Ausstattungskläger wird die *Aktivlegitimation* nur zuerkannt, wenn er eine Beeinträchtigung seines Rechtes nachzuweisen vermag.[85]

Zusammenfassend ergibt die Gegenüberstellung der Individualrechtstheorie und der Leistungswettbewerbstheorie, daß die beiden Theorien wesentliche *Parallelzüge* enthalten. Der Haupt*unterschied* liegt in der Auffassung über den Nachweis der Verkehrsgeltung und deren Bedeutung in bezug auf das Leistungsprinzip. Den Gegensatz über die Auffassung des Nachweises der Verkehrsgeltung hat das Bundesgericht zugunsten der Individualrechtstheorie entschieden. Aus dieser Anerkennung der Verkehrsgeltung als Voraussetzung des Ausstattungsschutzes geht mittelbar die Anerkennung eines Individualrechtes an der Unternehmungsleistung hervor; somit behält das Bundesgericht -- der Sache nach — den Begriff des Individualrechtes bei, wenn es auch auf den Terminus verzichtet. Diese Anerkennung des Individualrechtes steht nun durchaus nicht im Gegensatz zum Rechtsmißbrauchkriterium des UWG, weil jeder Rechtsmißbrauch die Verletzung eines subjektiven Rechtes eines oder mehrerer Mitbewerber zur Folge hat. Ebenfalls steht die Individualrechtstheorie in keiner Weise im Gegensatz zum Leistungsprinzip, das vom UWG besonders in den Vordergrund gerückt wird; im Gegenteil, sie baut, wie wir oben gesehen haben, ihren Gedankengang auf dem Leistungsprinzip auf. Es besteht daher kein Grund, nach dem Inkrafttreten des UWG für den Ausstattungsschutz von der Individualrechtstheorie abzugehen, soweit sie das Individualrecht an der Ausstattung als Individualrecht an der eigenen Unternehmungsleistung betrachtet.

Anderseits wäre es aber auch falsch, nach diesen Schlußfolgerungen die Leistungswettbewerbstheorie einfach abzulehnen. Vielmehr muß festgestellt werden, daß die beiden Theorien zwei verschiedene logische Kon-

[84] Die unlautere Wettbewerbshandlung kann sich gegen bestimmte oder unbestimmte Wettbewerber richten. Je nachdem handelt es sich um unlauteren Wettbewerb im *speziellen* Sinne oder um solchen im *generellen* Sinne. Unlauterer Wettbewerb im speziellen Sinne ist z. B. die Ausstattungsnachahmung, ebenso die Anschwärzung. Unlauterer Wettbewerb im generellen Sinne sind etwa das soziale Dumping oder die Titelanmaßung, also Maßnahmen, die sich gegen alle Mitbewerber richten, gegen «unbestimmte Mitbewerber». Diese unbestimmten Mitbewerber sind aber ganz bestimmte Einzelwettbewerber, so daß im Einzelfall eben doch ein ganz bestimmter Wettbewerber verletzt wird.

[85] Vgl. Art. 2, Abs. 1, UWG. Im Art. 48 OR waren der Begriff des unlauteren Wettbewerbes *und* die Sanktion enthalten; im UWG sind sie dagegen getrennt im Art. 1 und Art. 2 aufgeführt; sie müssen aber trotzdem *gemeinsam* betrachtet werden.

struktionen darstellen, deren Anwendung kaum je zu verschiedenen Ergebnissen führen wird.

Festzuhalten ist schließlich, daß die Leistungswettbewerbstheorie bei jenen unlauteren Wettbewerbshandlungen, die nicht wie die Nachahmung von Ausstattungen gegen einen einzelnen Wettbewerber gerichtet sind,[86] konstruktive Vorteile bietet.

Die Auseinandersetzung zwischen der Individualrechtstheorie und der Leistungswettbewerbstheorie hat gezeigt, welche zentrale Bedeutung der *Verkehrsgeltung* im Ausstattungsschutz zukommt; daher soll die Verkehrsgeltung anschließend an diese Auseinandersetzung im einzelnen dargestellt werden.

3. KAPITEL

Die Verkehrsgeltung als Voraussetzung des Ausstattungsschutzes

1. Abschnitt

Grundsätzliche Fragen zur Verkehrsgeltung

1. Der Begriff der Verkehrsgeltung

Die *Verkehrsgeltung* ist die durch die individualisierende Kraft der Ausstattung bewirkte Vorstellung des Verkehrs, wonach die Ausstattung als Kennzeichen bestimmter Waren eines bestimmten Herstellers gilt.[87] Aus dieser Definition stechen vor allem drei Begriffe hervor, nämlich Verkehr, Vorstellung und Kennzeichen. Ihre Bedeutung in diesem Zusammenhang muß zuerst klargestellt werden.

Was ist unter dem Begriff *Verkehr* zu verstehen? — Das deutsche Warenzeichengesetz vom 12. 5. 1894, das in seinem § 15 den Ausstattungsschutz ausdrücklich regelt,[88] prägt den Begriff «beteiligte Verkehrskreise». Dieser Ausdruck wurde vom Bundesgericht für den schweizerischen Ausstattungsschutz bewußt übernommen.[89] Durch den Ausdruck «Beteiligung»

[86] Art. 1, Abs. 2, lit. b, c und h UWG.

[87] Pinzger, S. 237.

[88] § 15 des deutschen Warenzeichengesetzes lautet: «Wer zum Zwecke der Täuschung von Handel und Verkehr Waren oder deren Verpackungen oder Umhüllungen oder Ankündigungen, Rechnungen oder dergleichen mit einer Ausstattung, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines andern gilt, ohne dessen Genehmigung versieht oder wer zu dem gleichen Zwecke derartig gezeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zu Entschädigung verpflichtet und wird mit Geldstrafe von 100 bis 3000 M. oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.» Vgl. das Warenzeichengesetz vom 5. 5. 36, § 25.

[89] BGE 69 II 295.

ist eine Umgrenzung des Oberbegriffes «Verkehr» in dem Sinne gegeben, daß nur jene natürlichen oder juristischen Personen darunterzuzählen sind, die in einer geschäftlichen Beziehung zu dem Ausstattungsgegenstand stehen, also ganz allgemein die *Abnehmerschaft*. Es kann sich dabei um Grossisten oder Kleinhändler oder um Verbraucher handeln. Die Konkurrenten des Ausstattungsherstellers kommen dagegen nicht in Frage, da sie als solche weder mit dem Absatz noch mit dem Verbrauch der ausgestatteten Ware etwas zu tun haben.[90]

Die Verkehrsgeltung nun ist die *Vorstellung*, die sich in diesen beteiligten Verkehrskreisen zu einer allgemeinen Überzeugung verdichtet hat. Dabei ist das Wort «allgemein» natürlich nicht in einem absoluten Sinne zu verstehen; es läßt einzelne Ausnahmen oder Lücken in dieser *durchschnittlichen* Verkehrsüberzeugung zu. Das Bundesgericht spricht hier etwa von «einem nicht unerheblichen Teil der in Frage kommenden Verkehrskreise» oder auch vom «durchschnittlich kaufenden Publikum».[91, 92]

In der Vorstellung dieser beteiligten Verkehrskreise muß die Ausstattung als *Kennzeichen* einer bestimmten Ware eines bestimmten Herstellers wirken.[93] Dadurch wird die Ausstattung zu einem *Kennzeichen*.[94] Ihr wesentliches Element ist die Kennzeichnungskraft, die dadurch zugunsten eines *bestimmten* Herstellers wirkt, daß die Ware gekauft wird.

Durch das Erfordernis, daß die Kennzeichnungskraft für einen *bestimmten* Hersteller wirken muß, wird eine Gruppe von Gestaltungen ausgeschlossen, die rein tatsächlich gesehen Ausstattungscharakter haben. Es sind dies jene Ausstattungen, die *Gemeingut* sind.

Vom Standpunkt des Herstellers aus wäre es vorteilhaft, für jede Ausstattung, und wäre sie noch so gewöhnlicher Art, Schutz zu beanspruchen. Es gibt aber auch hier eine Grenze, wo das Einzelinteresse am Interesse der Mitbewerber und damit am Interesse der Allgemeinheit seine Schranke finden muß. Wenn also irgendeine Ausstattung weitgehend im Gebrauch der Allgemeinheit steht, dann kann sie nicht mehr als individuelle Ausstattung in Frage kommen. Denken wir etwa an die Descriptivzeichen, die als reine Beschaffenheits- oder Herkunftsangaben unbedingt dem freien Verkehr offen stehen müssen.[95, 96]

Dasselbe gilt von den sogenannten Freizeichen. An und für sich müßten sie unter die schutzfähigen Ausstattungen gezählt werden, «jedoch ist ihnen die individualisierende Kraft verloren gegangen durch die Macht des Verkehrs, der sich ihrer allgemein oder doch in beträchtlichem Maße bedient».[97, 98] Dieser Entwicklung eines Individualzeichens zum Frei-

[90] Pinzger, S. 238.
[91] BGE 70 II 112.
[92] BGE 22, 589.
[93] BGE 69 II 295.
[94] Sandreuter, SJZ, S. 330.
[95] Beerli, S. 38 ff.
[96] BGE 59 II 80 als Vergleich aus dem Markenrecht.
[97] Beerli, S. 46 ff.
[98] BGE 52 355 II: «Es handelt sich bei den in Frage stehenden Artikeln um Normaltypen; es fällt niemandem ein, in ihnen eine Besonderheit eines bestimmten Herstellers zu sehen. Diese Normalisierungen sind als Gemeingut der betreffenden

zeichen steht allerdings die Rückbildungsmöglichkeit in umgekehrter Richtung gegenüber; in diesem Falle muß jedoch der Verkehr in seiner Gesamtheit die Benutzung des Freizeichens aufgegeben haben, so daß das Bewußtsein der Zeichenfreiheit in den beteiligten Verkehrskreisen geschwunden ist.[99] Beschleunigt, eventuell sogar verursacht kann diese Entwicklung dadurch werden, daß sich das Zeichen im Verkehr «durch dauernden und umfangreichen Gebrauch oder weitverbreitete und geschickte Reklame unter Umständen als Kennzeichen der Ware eines bestimmten Händlers oder Produzenten durchsetzt.»[100]

Diese Bildungs- und Rückbildungsmöglichkeiten zeigen, daß die Verkehrsgeltung nicht etwas Beständiges ist. Es muß daher in jedem einzelnen Fall untersucht werden, ob die Verkehrsgeltung besteht oder ob eine Ausstattung zum Gemeingut zu zählen ist. Gehört sie zum Gemeingut, dann ist der Ausstattungsschutz ausgeschlossen, weil ihr die Kennzeichnungskraft zugunsten eines bestimmten Herstellers abgeht.

Unter welchen Umständen ist jedoch eine Kennzeichnungskraft anzunehmen? Muß der Ausstattung etwas Besonderes, Originelles anhaften? — Diese Fragen führen uns zum Problem des Verhältnisses zwischen Verkehrsgeltung und Originalität.

2. *Das Verhältnis der Originalität zur Verkehrsgeltung*

Eine Ausstattung ist dann *originell*, wenn das Erzeugnis eine für den Zeitpunkt seines Erscheinens im Handel *neuartige* Gestaltung aufweist, die es von gewöhnlichen, im Handel vorkommenden Gestaltungen gleichartiger Erzeugnisse abhebt, mit andern Worten: Eine Neuartigkeit, die gegenüber dem Alltäglichen als etwas Besonderes erscheint, so daß die Ausstattung in der Vorstellung der Käuferschaft haften bleibt und dazu dienen kann, auf einen bestimmten Hersteller hinzuweisen; zum mindesten muß diese besondere Gestaltung geeignet sein, einen solchen Hinweis auf einen bestimmten Hersteller zu bewirken.[101]

Die Originalität in diesem Sinne wurde vom Bundesgericht ursprünglich als *selbständige* Voraussetzung des Ausstattungsschutzes verlangt. «D'après la jurisprudence, un tel droit n'existe que si, par sa forme *originale* et son aspect *particulier*, l'emballage dont il s'agit se distingue des autres emballages, communément employés pour une certaine marchandise, et constitue un signe caractéristique qui individualise cette marchandise aux yeux du public.»[102] Dieses «D'après la jurisprudence» muß nun allerdings dahin korrigiert werden, daß die Praxis schon

Branche zu betrachten. Daher können sie nicht von *einem* Hersteller ausschließlich in Anspruch genommen werden, vielmehr steht deren Benützung auch jedem anderen Gewerbetreibenden dieses Geschäftszweiges offen. Es handelt sich hier, weil der alten Firma ursprünglich ein Individualrecht an den Installationsartikeln zustand, um einen Übergang aus dem Persönlichkeitsbereich in den Allgemeingebrauch, bedingt durch die Branchenentwicklung und die Entwicklung dieses Zweiges überhaupt.»

[99] Beerli, S. 55.

[100] BGE 59 II 82; siehe auch Matter, S. 61, über das durchgesetzte Warenzeichen.

[101] BGE 27 II 383; 46 II 153; 63 II 163.

[102] BGE 46 II 153, 427; 63 II 162/163.

früher[103] den Ausstattungsschutz ohne Hinweis auf die Originalität gewährt hatte.[104] Eine klare Stellungnahme bezog das Bundesgericht erst im Entscheid vom 16. Oktober 1943 in Sachen Stahl gegen Hummel, indem es dort, nach einem Hinweis auf die frühere Praxis, erklärte:

«Nun ist es aber durchaus möglich, daß auch eine Ausstattung, die an sich nichts Neues oder Originelles darstellt, in den beteiligten Verkehrskreisen gleichwohl die Wirkung eines Hinweises auf einen bestimmten Hersteller hat. Trifft dies zu, so steht der Zuerkennung eines Individualrechtes auch an einer solchen Ausstattung nichts im Wege. (Vgl. für das deutsche Recht: Rosenthal, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., S. 137, sowie Seligsohn, Kommentar zum Gesetz betr. den Schutz der Warenbezeichnungen, 3. Aufl., S. 245). Es verhält sich dann ähnlich wie beim sogenannten durchgesetzten Warenzeichen, bei dem ein schwaches oder gar gemeinfreies Zeichen dank besonders hoher Qualität und dgl. im Lauf der Zeit sich zum Kennzeichen der Waren eines ganz bestimmten Herstellers entwickelt hat.»[105]

Das Bundesgericht verzichtet somit ausdrücklich auf das Erfordernis der Originalität und verlangt einzig, daß die Ausstattung sich im Verkehr durchgesetzt hat als Hinweis auf denjenigen, der sie als sein Kennzeichen in Anspruch nimmt.

Damit ist das Verhältnis zwischen Verkehrsgeltung und Originalität dahin abgeklärt, daß die Verkehrsgeltung zur Erlangung des Ausstattungsschutzes genügt; die Originalität ist nicht notwendige Voraussetzung, weil ihr keine *selbständige* Bedeutung zukommt.

Es stellt sich aber die Frage, ob der Originalität nicht insofern eine *unselbständige* Bedeutung zukommt, als sie für die Bildung der Verkehrsgeltung von Wichtigkeit sein kann. — Diese Frage muß bejaht werden, denn es ist eine Tatsache, daß eine originelle Ausstattung viel eher geeignet ist, sich dem Blick des Beschauers als etwas für die ausgestattete Ware Kennzeichnendes einzuprägen. Ein eigenartiges oder besser einzigartiges Bild bleibt in der Vorstellung der beteiligten Verkehrskreise leichter haften als ein alltägliches; je origineller eine Ausstattung ist, desto eher springt sie dem Beschauenden in die Augen.

Aus diesen Erwägungen heraus ergibt sich, daß die Originalität einer Ausstattung für die Bildung der Verkehrsgeltung von großer, wenn auch unselbständiger Bedeutung ist; je größer die Originalität einer Ausstattung ist, um so eher ist eine Verkehrsgeltung anzunehmen. Die Originalität ist somit ein *Indiz* für das Vorhandensein der Verkehrsgeltung.

Dieses Verhältnis der Originalität zur Verkehrsgeltung wirft eine weitere Frage auf: Die Frage nach der *Priorität*.

3. Die Bedeutung der Priorität

Durch das Fallenlassen der Originalität als selbständiges Erfordernis des Ausstattungsschutzes nimmt die heutige Praxis in noch vermehrtem

[103] BGE 61 II 385; 38 II 566.

[104] Sandreuter, SJZ, S. 330.

[105] BGE 69 II 295; ebenso BGE in Sachen Ostbye gegen Wehrli & Co. vom 14. Oktober 1941.

Maße die Möglichkeit in Kauf, daß die Verkehrsgeltung einer konkurrierenden Ausstattung die *Gebrauchspriorität* überwindet,[106] denn wo die Originalität allein nicht genügt,[107] um den Ausstattungsschutz anrufen zu können, dort steht es dem Mitbewerber frei, eine Ausstattung so lange nachzuahmen, als sie die Verkehrsgeltung noch nicht erreicht hat. Die Priorität des Gebrauchs allein — das Zuerst —[108] kann nicht ausschlaggebend sein, denn es ist möglich, daß eine Verkehrsgeltung zugunsten eines Zweitbenützers entsteht, währenddem sie zugunsten des Erstbenützers aus irgendwelchen Gründen nicht entstanden ist. Priorität muß nur in dem Sinne bestehen, als derjenige, welcher für die Ausstattung Schutz beansprucht, nachweisen muß, daß bereits eine Verkehrsgeltung bestand, als derjenige, gegenüber dem Schutz beansprucht wird, mit der Nachahmung begann. In diesem Sinne kann man von einer *Priorität der Verkehrsgeltung* sprechen; sie ist jedoch im Begriffe der Verkehrsgeltung miteingeschlossen.

Es zeigt sich also, daß sowohl die Originalität als auch die Priorität im Ausstattungsschutz nur in Hinsicht auf die Verkehrsgeltung von Bedeutung sind; *selbständige Voraussetzung des Ausstattungsschutzes ist einzig die Verkehrsgeltung.*

2. Abschnitt

Spezielle Fragen zur Verkehrsgeltung

1. Das Vorhandensein der Verkehrsgeltung

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die Verkehrsgeltung von ausschlaggebender Bedeutung ist für den Ausstattungsschutz. Diese Feststellung genügt jedoch nicht; sie muß ergänzt werden durch eine Umschreibung jener Umstände, unter welchen die Verkehrsgeltung vorliegt. Diese Umschreibung ergibt sich aus dem Wesen der Verkehrsgeltung.

Wird danach gefragt, *wo*, räumlich gesehen, die Verkehrsgeltung besteht, dann lautet die Antwort: Dort, wo die Ausstattung Kennzeichnungskraft zugunsten eines bestimmten Herstellers hat. In concreto ist dies in jedem Falle besonders nachzuweisen. Dabei muß beachtet werden, daß von einem Vorhandensein in bestimmten Gebieten nicht ohne weiteres

[106] Sandreuter, SJZ, S. 331.

[107] Damit ist aber nur gesagt, daß kein Ausstattungsschutz nach Art. 1, lit. d, UWG für die originelle Ausstattung ohne Verkehrsgeltung möglich ist, denn dieser Artikel setzt eine Verwechslung voraus und diese wieder eine Verkehrsgeltung. Meines Erachtens ist aber doch ein Schutz möglich, und zwar gestützt auf die Generalklausel des Art. 1 UWG, denn die Nachahmung einer bloß originellen Ausstattung ist eine Ausnützung einer fremden Idee und insofern eine Ausnützung einer Unternehmungsleistung, als die Idee schon verwirklicht wurde und in dieser Form einfach übernommen wird. Eine solche Handlungsweise widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben. Dieselbe Ansicht vertritt Rosenthal, S. 194, für das deutsche Recht.

[108] Stier-Somlo, Band 6, S. 889.

auf ein ganzes Rechtsgebiet, wie es zum Beispiel die Schweiz darstellt, geschlossen werden darf. Eine engere räumliche Beschränkung ist durchaus möglich; das hängt ganz von der Art und Verbreitung der betreffenden Ware ab. Immerhin ist meines Erachtens eine weitherzige Auffassung notwendig, um einer unerquicklichen Auszirkelung von einzelnen Wirkungskreisen zuvorzukommen. Als konkrete Regel dürfte hier folgende Formulierung richtig sein: Die Verkehrsgeltung ist räumlich soweit als vorhanden anzunehmen, als der Kundschaftskreis eines Erzeugnisses nach den allgemeinen Geschäftserfahrungen reicht.

Dieser Kundschaftskreis muß nicht unbedingt in einem näheren oder weiteren Umkreis um die Herstellerfirma liegen. Er kann sich auch auf weit entfernte Gebiete beziehen, auf näherliegende dagegen nicht. Ist zum Beispiel die Ausstattung eines Zürcher Herstellers, welcher die Ware nach China ausführt, nur in diesem Lande als Kennzeichen bekannt, so ist die Verkehrsgeltung territorial auf China beschränkt.[109] Er kann einen Zweithersteller nicht hindern, für den innerschweizerischen Vertrieb dieselbe Ausstattung auch bei gleichartigen Waren zu verwenden. Wird in der Schweiz in der Folge eine Verkehrsgeltung erreicht, dann wirkt diese zugunsten des Zweitherstellers. Wenig wahrscheinlich, aber theoretisch möglich ist die Verwendung derselben Ausstattung durch einen Dritthersteller für den Export nach Amerika, wo die Ausstattung wieder eine Verkehrsgeltung zugunsten dieses Drittherstellers erreichen kann.

Diese Darstellung, die noch um weitere örtliche Verkehrsgeltungskreise ergänzt werden könnte, zeigt, daß die Verkehrsgeltung in *örtlich verschiedenen* Interessenkreisen zugunsten *mehrerer* Unternehmer bestehen kann.[110]

Diese Verwendung derselben Ausstattung in örtlich verschiedenen Interessenkreisen, die zur Bildung der Verkehrsgeltung zugunsten verschiedener Hersteller führt, kann auch *mit Einwilligung* des Erstherstellers geschehen.[111] Dies wird durch das Mittel des örtlich beschränkten *Lizenzvertrages* erreicht. Durch ihn tritt der Zweit- oder Dritthersteller rechtsgültig an die Stelle des Erstherstellers, jedoch nur auf dem im Vertrag umschriebenen Territorium. «Dann bezieht sich die wegen ein und derselben Gestaltung entstandene Verkehrsgeltung um Gebiete des Lizenznehmers auf diesen, anderwärts aber auf den Hersteller.»[112] Über das vertragliche Gebiet hinaus darf kein Vertragspartner gehen, und es ist bei der Durchführung des Lizenzvertrages darauf Bedacht zu nehmen, daß Täuschungen des Publikums vermieden werden.[113, 114]

In bezug auf den *gleichen* Interessenkreis ist dagegen eine Aufteilung der Verkehrsgeltung nicht möglich. Dies verhindert aber die Abgabe eines beschränkten Auswertungsrechtes des mit der Ausstattung versehenen Erzeugnisses nicht, wenn die Einheit der Verkehrsgeltung dank besonderer

[109] Seligsohn, S. 251.
[110] Seligsohn, S. 252.
[111] Reimer, S. 4 ff.
[112] BGE 70 II 157.
[113] Reimer, S. 60 ff.
[114] Kissin ist gegenteiliger Ansicht; er erklärt S. 36: «Der Ausstattungsbesitzstand ist an die alleinige Benutzung der Ausstattung im eigenen Interesse, für den eigenen Betrieb, für bestimmte Waren oder Warengattungen gebunden. Eine Ausstattungslizenz ist deshalb begrifflich unmöglich.»

Umstände gewahrt bleibt. Dies ist etwa dann möglich, wenn der Vertrieb durch den Lizenznehmer so gestaltet ist, daß die Beziehungen der Ware und deren Hersteller in der Vorstellung der beteiligten Verkehrskreise bestehen bleibt. Das wird vor allem dann zutreffen, wenn der Lizenznehmer die Ware ausdrücklich als das Erzeugnis des Herstellers vertreibt, es zum Beispiel mit dessen Namen versieht. Aber nicht einmal dieses Erfordernis ist in jedem Fall notwendig. So können Lizenznehmer und Lizenzgeber in einer derart engen, den Verkehrskreisen bekannten Verbindung zueinander stehen, daß sie in der Vorstellung der Verkehrskreise als wirtschaftliche Einheit erscheinen. Trifft dies zu, dann kann die Originalität der Ausstattung eine Verkehrsgeltung zugunsten beider entstehen lassen.[115] Diese Fälle stellen also nicht eine Besonderheit der Verkehrsgeltung dar; sie sind vielmehr wegen der Besonderheit des Verhältnisses zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer möglich.

Neben der Frage, wo eine Verkehrsgeltung besteht, steht die Frage, *wann*, zeitlich gesehen, eine solche vorhanden ist. Es muß also ein Zeitpunkt des Beginnens der Verkehrsgeltung und ein solcher ihrer Endigung, sofern ein solcher in Frage steht, festgestellt werden können.

Der Zeitpunkt des *Beginnens* der Verkehrsgeltung läßt sich in concreto nur durch sorgfältige Untersuchungen feststellen. Es muß dabei eine möglichst breite Schicht der beteiligten Verkehrskreise erfaßt werden, um wirklich ein zuverlässiges Bild davon zu erhalten, wann diese Verkehrsgeltung tatsächlich erreicht worden ist. Diese Untersuchung darf aber nicht lediglich darauf abstellen, *wie lange* die betreffende Ausstattung schon im Verkehr ist, denn mit Hilfe der heutigen Propagandamittel[116] kann unter Umständen die Verkehrsgeltung innert kurzer Frist erreicht werden.

Der *Endzeitpunkt* der Verkehrsgeltung ist entsprechend festzustellen. Daß die Ausstattung ihren individualisierenden Charakter verlieren kann, wurde schon im Zusammenhang mit dem Freizeichen gezeigt. Im Einzelfall spielt hier natürlich das Aufhören der Herstellung des betreffenden Erzeugnisses eine hervorragende Rolle, denn die Nichtmehrverwendung im Verkehr wird dessen Überzeugung ohne weiteres immer mehr abschwächen und schließlich ganz beseitigen.

2. Der Beweis der Verkehrsgeltung

Die Frage des Vorhandenseins der Verkehrsgeltung ist mit der Frage des *Beweises* der Verkehrsgeltung so eng verbunden, daß die Beweisfrage schon dort aufgegriffen werden mußte. Hier soll sie eine Ergänzung erfahren.

Mit dem Beweis der Verkehrsgeltung muß dargetan werden, daß die Ausstattung in der Vorstellung der beteiligten Verkehrskreise als Kennzeichen einer bestimmten Ware eines bestimmten Herstellers gilt. Um diesen Beweis lückenlos führen zu können, müßte also die gesamte im

[115] BGE 70 II 157; do im unveröffentlichten BGE vom 1. Dezember 1942 in Sachen Therma gegen Electro-Mica AG.

[116] Plakatfeldzüge, Verkleidung eines Automobils oder Tramwagens in die Ausstattung eines Erzeugnisses, Musterversand usw.

Einzelfall in Betracht fallende Abnehmerschaft[117] über ihre Vorstellung befragt werden. Dies ist unmöglich; es müssen daher Mittel und Wege gefunden werden, die es erlauben, aus Einzelbefragungen eine *durchschnittliche* Gesamtauffassung erkennen zu können. Damit diese Einzelbefragungen ein zuverlässiges Bild ergeben, ist es notwendig, daß sie sich an die richtigen *Personen* am richtigen *Ort* wenden.

Als Personen, an die sich die Einzelbefragungen zu richten haben, stehen in *erster* Linie die *Verbraucher* in Frage. Ihre Auffassung ist entscheidend, denn sie sind es ja, die den wirtschaftlichen Erfolg eines Erzeugnisses entscheidend beeinflussen.

In *zweiter* Linie müssen die Detailhändler befragt werden; sie kennen die Auffassung der Verbraucher aus dem unmittelbaren Kontakt mit ihnen. Die Detailhändler scheinen mir deshalb die wichtigste Gruppe für die Feststellung der Verkehrsgeltung zu sein, weil sie die Vorstellung einer *Mehrheit* von Verbrauchern[118] kennen. Daher kann ihre Auffassung bereits als eine Durchschnittsauffassung des betreffenden Kundenkreises gewertet werden.

Erst in *letzter* Linie kommen Umfragen allgemeiner Art in Fachkreisen, wie etwa in fachlichen Körperschaften, Handelskammern und dergleichen, in Betracht.[119]

Wichtig ist ferner, an welchen *Orten* die oben genannten Personen befragt werden. Einmal stehen nur solche Orte in Frage, die zum üblichen Absatzgebiet der betreffenden Ware gehören. Jedoch dürfen sich die Befragungen nicht auf bestimmte Punkte dieses Gebietes beschränken. Es ist meines Erachtens wichtiger, einen möglichst großen Teil des in Frage stehenden Gebietes durch weiter verstreutere Einzelbefragungen zu erfassen, als möglichst viele Personen an einzelnen Orten auf engem Raum zu befragen, weil eine gegenseitige Beeinflussung der Kunden auf weitere Entfernung schwerer ist als in der unmittelbaren Umgebung.

Die Befragung allein genügt aber noch nicht; die Einzelaussagen müssen auch *gewertet* werden. Für diese Wertung gilt, daß die Auskünfte nicht nach ihrer Anzahl, sondern nach ihrem inneren Wert zu beurteilen und gegeneinander abzuwägen sind. Je unabhängiger der Befragte ist, sei es dem Hersteller, sei es dem nachahmenden Konkurrenten gegenüber, desto höher ist seine Aussage zu werten. Je eher aber ein unmittelbares oder mittelbares Interesse anzunehmen ist, um so wertloser sind die Aussagen.[120]

Der *Umfang* der zum Nachweis der Verkehrsgeltung benötigten Beweismittel wird sich jeweils nach der Bedeutung zu richten haben, welche das betreffende Produkt im Verkehr besitzt. Aber auch die Originalität der Ausstattung spielt eine Rolle. Das Beweismaterial kann um so beschränkter sein, je origineller die Ausstattung ist, denn die Originalität ist, wie wir oben gesehen haben, ein Indiz für das Vorhandensein der Verkehrsgeltung.[121]

[117] Wer hier in Frage steht, ergibt sich aus der Umschreibung der beteiligten Verkehrskreise, wie sie oben gegeben wurde.

[118] Unmittelbar entscheidend bleibt nach wie vor die Vorstellung der Verbraucher.

[119] Pinzger, S. 52.

[120] Pinzger, S. 72.

[121] Zur Beweisfrage Menzel in GRUR 1938.

3. Die Störung der Verkehrsgeltung

Nachdem im Vorangehenden Begriff und Vorhandensein der Verkehrsgeltung dargestellt worden sind, stellt sich nun für den Ausstattungsschutz die Frage, wie die vorhandene Verkehrsgeltung *gestört* werden kann. Auf diese Frage gibt der Art. 1, lit. d, UWG Antwort, indem er erklärt, daß die Verkehrsgeltung durch Maßnahmen gestört wird, «die bestimmt oder geeignet sind, *Verwechslungen* mit Waren ... eines andern herbeizuführen». Unter diese Maßnahmen fällt in erster Linie die Herstellung einer gleichartigen Ware mit gleicher Ausstattung. Dann ist in der Regel eine Verwechslung der konkurrierenden Produkte unvermeidlich, sofern die Ausstattung im gleichen Interessengebiet verwendet wird.[122]

Aber auch dann, wenn eine bloße *Verwechslungsgefahr* vorliegt, nimmt das Gesetz eine Störung an.[123] Eine solche Gefahr ist anzunehmen bei Benützung einer bloß ähnlichen Ausstattung für eine gleiche Ware, einer gleichen Ausstattung für eine bloß ähnliche Ware oder auch einer ähnlichen Ausstattung für eine ähnliche Ware.[124]

Für denjenigen Wettbewerber, der den Ausstattungsschutz in Anspruch nehmen will, bedeutet das Genügen des Vorliegens einer bloßen Verwechslungsgefahr eine wichtige Erleichterung, denn er braucht nicht nachzuweisen, daß eine tatsächliche Verwechslung vorgekommen ist; er hat lediglich darzutun, daß eine Verwechslung möglich ist.[125]

In diesem Verzicht auf den Nachweis konkreter Verwechslungen liegt jedoch eine Gefahr der Unsicherheit, denn die Grenze zwischen Verwechselbarkeit und Nichtverwechselbarkeit zweier Ausstattungen ist nicht immer leicht zu finden. Um Mißbräuche zu verhindern, wurde die Verwechselbarkeit von den Gerichten streng beurteilt. Sie gingen dabei von der Tatsache aus, daß die Wahrscheinlichkeit der Verwechslung einmal vom Grad der Ähnlichkeit und dann vom Grad der Originalität der konkurrierenden Ausstattungen abhängt.

Der Grad der *Ähnlichkeit* zweier Ausstattungen bestimmt sich nicht nach der Ähnlichkeit einzelner Teile der betreffenden Gestaltung einer Ware, sondern nach der Ähnlichkeit des *Gesamtbildes*. Noch so viele unwesentliche Verschiedenheiten[126] der ähnlichen Ausstattungen vermögen ihre Verwechselbarkeit nicht zu beseitigen, wenn sie nicht eine genügende Unterscheidbarkeit des Gesamtbildes mit sich bringen,[127] denn der Gesamt-

[122] Wo dieses Interessengebiet einer Ausstattung liegt, wurde oben bei der Darstellung des räumlichen Vorhandenseins der Verkehrsgeltung gezeigt.

[123] Dies ergibt sich aus der Wendung des Gesetzes: «geeignet».

[124] BGE 40 II 505: «Damit eine Beeinträchtigung der Geschäftskundschaft oder eine Bedrohung in deren Besitz im Sinne von Art. 48 OR vorliegen kann, ist vor allem erforderlich, daß die Verwendung der beiden Titel die Gefahr einer Verwechslung schafft.»

[125] BGE 39 II 235; 40 II 362, 505; 55 II 253; 61 II 385; 69 II 296; unveröffentlichter BGE vom 1. Dez. 1942 in Sachen Therma gegen Electro-Mica AG.

[126] BGE 38 II 703 zählt gleich zehn solche Verschiedenheiten auf, und dennoch kommt das Gericht zum Schluß, daß der Gesamteindruck der Umhüllung doch Verwechslungen bei den Abnehmern, soweit diese auf den Ursprung der Ware sehen, nicht ausschließt.

[127] BGE 61 II 386; 35 II 668; 36 II 70, 260; 38 II 309; 53 II 34.

eindruck einer Ausstattung ist es, der sich dem Erinnerungsvermögen des Beschauenden einprägt.

Dieses Gesamtbild einer Ausstattung ist um so eher verwechselbar mit jenem der konkurrierenden Ausstattung, je höher der Grad ihrer *Originalität* ist, denn je origineller eine Ausstattung ist, um so ausgeprägter ist die Vorstellung der Abnehmerschaft; deshalb wird eine Verwechslung um so leichter vorkommen können.

Die Verwechselbarkeit zweier Ausstattungen ist aber nach dem Recht des unlauteren Wettbewerbs nur soweit ausschlaggebend, als sie *nachteilig* auf die *Kundschaft* wirkt oder zum mindesten geeignet ist, solche nachteilige Wirkungen auf die Kundschaft des Herstellers zu zeitigen. Es kommt daher nur darauf an, ob die Verwechslungsgefahr bei jenem Personenkreis besteht, der für den Absatz des Erzeugnisses von Bedeutung ist.

Innerhalb dieses Personenkreises muß wiederum unterschieden werden, ob es sich um unfachmännische Kunden handelt oder um *Fachleute*, bei denen das Erkennen auch geringfügiger Unterschiede, gestützt auf die fachliche Ausbildung, vorausgesetzt werden darf;[128] denn im ersten und im zweiten Falle kann das Maß von Aufmerksamkeit bei der Prüfung der kennzeichnenden Ausstattung nicht dasselbe sein. Die Lebenserfahrung zeigt, daß Gegenstände des täglichen Gebrauches, die von jedermann gekauft werden, vom Käufer in der Regel nur beim ersten Kauf näher auf ihre Ausstattung untersucht werden, bei Nachbezügen wird er sich meistens mit einem flüchtigen Blick begnügen.[129] Wenn dagegen ein Fachmann eine Ware kauft, dann wird er sie gründlich auf ihren Gebrauchszweck untersuchen. Es ist daher so gut wie ausgeschlossen, daß die Ausstattung den Fachmann zum Kauf bewegen kann. Damit wird mit Recht gesagt, daß meistens keine Verwechselbarkeit vorliegt, wenn die Verbraucher Fachleute sind.

Soweit stützt sich die Beurteilung der Verwechselbarkeit zweier konkurrierender Ausstattungen auf *tatsächliche* Momente. Dazu tritt aber noch eine *rechtliche* Erwägung, die zum Grundgedanken des Ausstattungsschutzes zurückführt: Je *origineller* eine Ausstattung ist und je mehr für ihre Verkehrsgeltung getan wurde, kurz je größer die *Unternehmungsleistung* ist, um so mehr verdient sie Schutz, um so eher ist also das Vorliegen einer Störung anzunehmen.[130] Diese rechtliche Erwägung kann praktisch vor allem dann wichtig werden, wenn die tatsächlichen Momente nicht hinreichen, um die Verwechselbarkeit im einzelnen Falle eindeutig beurteilen zu können.

Damit ist gesagt, worin die Störung der Verkehrsgeltung besteht und wie sie beurteilt wird, und wir können zur Frage übergehen, wie der Gesetzgeber den Schutz gegen diese Störung, also den Ausstattungsschutz, ausgestaltet hat.

[128] BGE 52 II 357 unterscheidet beispielsweise, ob einzig Grossisten, Elektrizitätswerke, elektrische Bahnen, kurz ausgesprochene Fachkreise in Betracht fallen als Abnehmer, oder ob auch Kleinhandwerker in Frage stehen.

[129] BGE 58 II 475.

[130] Hierin liegt die zweite Bedeutung der Originalität einer Ausstattung; die erste Bedeutung liegt in der oben dargestellten Wirkung als Indiz für das Vorhandensein einer Verkehrsgeltung.

4. KAPITEL

Die Ausgestaltung des Ausstattungsschutzes

1. Die Entwicklung des Rechtsmittelsystems im zivilrechtlichen Ausstattungsschutz

Die Ausgestaltung des zivilrechtlichen Ausstattungsschutzes, wie sie sich heute im Rechtsmittelsystem des UWG darstellt, ist das Ergebnis einer *stufenweisen* Entwicklung, die sich aus der ebenfalls stufenweisen Entwicklung der Gesetzesgrundlagen ergibt.

Die erste bundesrechtliche Grundlage des Ausstattungsschutzes war der Art. 50 aOR.[131] Ausdrücklich sah dieser Artikel nur die Schadenersatzklage bei unerlaubten Handlungen vor. Als der Art. 50 aOR anläßlich der Revision des OR vom Jahre 1911 für das Gebiet des unlauteren Wettbewerbes durch den Art. 48 OR ersetzt wurde, erfuhren die Rechtsschutzmittel dahin eine Erweiterung, als außer der Schadenersatzklage auch eine Klage auf Einstellung des Geschäftsgebarens vorgesehen waren. Aber auch die auf diese Weise erweiterten Rechtsschutzmittel vermochten nicht allen Anforderungen gerecht zu werden. Es mußte daher ein Ausweg gefunden werden; dieser wurde durch die Individualrechtstheorie gewiesen, indem sie darauf verwies, daß der Art. 48 OR ein Anwendungsfall des Art. 28 ZGB war. Dies ging aus dem Grundlagecharakter des Art. 28 ZGB hervor, der sich ganz allgemein auf die Rechtspersönlichkeit bezieht; der Art. 48 OR dagegen hob die wirtschaftliche Persönlichkeit hervor. Er stellte somit eine im Verhältnis zum Art. 28 ZGB speziellere Norm, eine Ausführungsnorm dar.[132]

Die Bedeutung dieses Verhältnisses zwischen Art. 28 ZGB und Art. 48 OR lag für die Gerichtspraxis vor allem darin, daß die Rechtsschutzmittel des allgemeineren Gesetzesartikels auch dem spezielleren zur Verfügung standen. So war es möglich, daß sich im zivilrechtlichen Ausstattungsschutz ein System von Rechtsmitteln entwickelte, das im UWG gesetzlich verankert und, wo dies notwendig war, zweckmäßig ergänzt wurde.

2. Übersicht über das Rechtsmittelsystem des UWG

Das Rechtsmittelsystem des UWG stellt dem Klageberechtigten *zwei Verfahren* zur Verfügung. Entweder kann er direkt eine gerichtliche Klage anstrengen, oder er kann dies erst später tun, nachdem er zuerst die Verfügung sogenannter vorsorglicher Maßnahmen bei der zuständigen Behörde beantragt hat.[133] Wir haben also zu unterscheiden zwischen vorsorglichen Maßnahmen und gerichtlichen Klagen.

[131] BGE 12, 295.

[132] Egger, S. 240.

[133] Die Rechtsschutzmittel sind im Art. 2, im Art. 6 und in den Art. 9 bis 12 enthalten.

Die gerichtlichen Klagen wiederum werden weiter gegliedert. Eine erste Gruppe bilden die Störungsklagen, die sich gegen die Störungshandlung richten; es sind dies im einzelnen die Unterlassungs-, die Feststellungs- und die Beseitigungsklage. Für sie alle genügt die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit.

Eine zweite Gruppe richtet sich gegen die Störungswirkung; hierher gehört einmal die Schadenersatzklage. Sie hat Verschulden, Schaden und Kausalzusammenhang zur Voraussetzung. Ebenso gehört die Genugtuungsklage in diese Gruppe. Sie unterscheidet sich von der Schadenersatzklage dadurch, daß sie eine besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse sowie ein besonders schweres Verschulden voraussetzt. Die Verletzung ruft hier nicht einen Schaden, sondern eine immaterielle Unbill hervor.

Außerhalb dieser Gruppierung steht das Begehren auf Urteilspublikation; sie kann jede der obgenannten Klagen ergänzen.

Wie diese Rechtsschutzmittel im einzelnen ausgestaltet worden sind, soll die nachfolgende Einzeldarstellung zeigen.

1. Abschnitt

Die vorsorglichen Maßnahmen

Die vorsorglichen Maßnahmen sind ihrem juristischen Wesen nach von den Klageansprüchen grundverschieden. Sie gehören nicht dem materiellen Recht an, sondern dem *Prozeßrecht*. Die Streitfrage als solche wird durch die Verfügung vorsorglicher Maßnahmen in keiner Weise beurteilt, insbesondere wird durch sie nicht ein Vorentscheid über die Berechtigung der Klage getroffen. Die vorsorglichen Maßnahmen haben nicht den Sinn, das gerichtliche Verfahren zu ersetzen; sie bereiten im Gegenteil den Prozeß vor und bezwecken, dessen Führung zu erleichtern.[134] Sie ermöglichen ein möglichst *frühzeitiges* Einschreiten.

Weil aber, wie schon betont, die vorsorglichen Maßnahmen zivilprozessuale Maßnahmen sind, wurde die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung in dieser Sache angezweifelt.[135] Dagegen wurde mit Recht darauf hingewiesen, daß solche zivilprozessuale Vorschriften in konstanter Bundesgesetzgebungspraxis immer dann erlassen wurden, wenn die Durchsetzung materiellen Bundesrechtes dies als notwendig erscheinen ließ.[136] Dies ist zum Beispiel im Art. 144, aber auch in vielen anderen Artikeln des ZGB geschehen; es ist aber auch in der Gewerbegesetzgebung vielfach der Fall.[137]

[134] v. Büren, S. 212/213.
[135] BBl. 1934 II, S. 556, und amtl. sten. Bull. Ständerat 1943, S. 67.
[136] Amtl. sten. Bull. Ständerat 1943, S. 67.
[137] MMG Art. 28; MSchG Art. 31: PG Art. 13.

So durften die vorsorglichen Maßnahmen füglich auch in das UWG aufgenommen werden, zumal bisher nur vier Kantone auf diesem Gebiete ausreichende Vorschriften kannten.[138]

Inhaltlich sind diese vorsorglichen Maßnahmen[139] Anordnungen «zur Beweissicherung, zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes sowie zur vorläufigen Vollstreckung».[140] Die vorläufige Vollstreckung bleibt auf den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch beschränkt. Dies ist aber auch genügend, denn beim bloßen Feststellungsanspruch dürfte eine solche Maßnahme kaum in Frage kommen, für die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche dagegen sind die Vorschriften des SchKG maßgebend.

Die Aufzählung der vorsorglichen Maßnahmen im Gesetze ist nicht abschließend. Sie kann zur Erreichung des im Art. 9, Abs. 1, UWG genannten Zweckes erweitert werden.[141]

Die *Anordnung* vorsorglicher Maßnahmen setzt stets einen formellen Antrag des Aktivlegitimierten voraus, in dem er den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs lediglich glaubhaft zu machen hat. Zuständig ist die durch die Kantone zu bestimmende Behörde im Wohnsitzkanton der Gegenpartei oder, wenn sie in der Schweiz keinen Wohnsitz hat, am Begehungsort; «ist der Hauptprozeß schon hängig, dann ist ausschließlich dessen Richter zuständig, vorsorgliche Maßnahmen zu verfügen oder aufzuheben.»[142] Wer den Antrag stellt, kann zu einer Sicherheitsleistung verhalten werden;[143] auf jeden Fall muß er in einer kurz bemessenen Frist, die ihm die zuständige Behörde stellt, die Hauptklage erheben.[144]

Für den Ausstattungsschutz können die vorsorglichen Maßnahmen deshalb von Bedeutung sein, weil sie ein möglichst frühes Einschreiten gegen die Störungshandlung des Konkurrenten ermöglicht; dadurch wird diesem unter Umständen in einem früheren Zeitpunkt die Möglichkeit abgeschnitten, die Verkehrsgeltung zu beeinflussen. In concreto fallen etwa die Beschlagnahme der deliktischen Ware oder Verpackung oder auch der Propagandamittel in Betracht. Versucht zum Beispiel ein Konkurrent mit dem oben erwähnten Propagandamittel der Verkleidung eines Fahrzeuges in die Ausstattung der Ware die Verkehrsgeltung innert möglichst kurzer Frist zu seinen Gunsten entstehen zu lassen, dann könnte dieses Fahrzeug zu Beweiszwecken beschlagnahmt werden. Dies hätte zur Folge, daß die Störungshandlung aufhören würde.

Im allgemeinen dürften die vorsorglichen Maßnahmen jedoch für den Ausstattungsschutz nicht von großer Bedeutung sein. Es erübrigt sich daher, diese fakultative Vorstufe prozessualer Natur eingehender darzustellen,[145] so daß wir übergehen können zu den eigentlichen Klageansprüchen.

[138] Vgl. Gutachten Fritzsche.
[139] Sie sind in den Art. 9 bis 12 UWG geregelt.
[140] Art. 9, Abs. 1, UWG.
[141] Botschaft des BR über das UWG, BBl 1942, S. 706.
[142] Art. 11 UWG.
[143] Art. 10 UWG.
[144] Art. 12 UWG.
[145] Siehe die eingehenden Ausführungen bei v. Büren, S. 211 ff.

2. Abschnitt

Die Störungsklagen

A. Die Widerrechtlichkeit als Voraussetzung der Störungsklage

1. Die Widerrechtlichkeitstheorien

Um das Problem der Widerrechtlichkeit sind verschiedene Theorien entstanden.

Die *absolute* Widerrechtlichkeitstheorie sieht eine Widerrechtlichkeit in der Verletzung von menschlichen Interessen schlechthin, unbekümmert um ihre Verankerung in der positiven Rechtsordnung. Der Begriff «rechtswidrig» wird im Sinne von «unbefugterweise» verstanden.[146] Sie wird von Pfister[147] mit der Begründung abgelehnt, es könne nicht die Zwecksetzung der schweizerischen Gemeinschaft sein, das private Vermögen der Einzelnen in seinem gegenwärtigen Bestande allseitig gegen jede Verletzung oder Beeinträchtigung zu schützen, denn dadurch würde die Bewegungsfreiheit aller unterbunden, jede Selbstdurchsetzung des Individuums verhindert.

Die *relative* Widerrechtlichkeitstheorie nimmt nur dann Widerrechtlichkeit an, wenn die Verletzung eines rechtlich besonders sanktionierten Interesses vorliegt;[148] es wird also eine Normwidrigkeit vorausgesetzt.

Die *objektive* Widerrechtlichkeitstheorie stellt sich auf den Standpunkt des Geschädigten und bezeichnet eine Handlung dann als widerrechtlich, wenn sie ein rechtlich geschütztes Interesse eines andern verletzt.[149] Es wird also auch in dieser Theorie eine Normwidrigkeit vorausgesetzt.[150]

Die *subjektive* Widerrechtlichkeitstheorie wechselt auf den Standpunkt des Schädigers hinüber. Handelt dieser ohne rechtliche Befugnis, «ohne Recht», indem er die Grenzen seines Rechts überschreitet, dann stellt er sich dadurch in einen Gegensatz zur Rechtsordnung, eben weil ihm weder ein subjektives Recht noch eine natürliche Freiheit diese Handlung erlauben.[151] Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verletzte eine Einbuße an Rechtsgütern erlitten hat. Diese Theorie sieht die Widerrechtlichkeit in der Überschreitung der eigenen Rechtssphäre.[152, 153]

[146] Specker, S. 7.

[147] Pfister, S. 82.

[148] Bühler, S. 49.

[149] Pfister, S. 83; Specker, S. 14; Bühler, S. 51; Wolfer, S. 61 ff.

[150] Dieser Standpunkt wurde von Anfang an vom Bundesgericht eingenommen, ebenso durch die Mehrzahl der schweizerischen und ausländischen Autoren. Sie herrscht ebenso in Frankreich, Österreich, Italien, Belgien, den Niederlanden und Deutschland vor. Vgl. Specker, S. 12 ff.

[151] Keel, S. 32, und Bühler, S. 50.

[152] Hauptvertreter war Otto Mayer in seinem Werke: «Die concurrence déloyale», S. 377 ff.

[153] Eine Zusammenfassung und zugleich eine Stellungnahme zu diesen Theorien gibt Guhl, S. 130.

Diese Theorien scheinen auf den ersten Blick in einem Gegensatz zueinander zu stehen. Dem ist aber nicht so, wie wir schon bei der Darstellung des Leistungsprinzips gesehen haben;[154] denn jede *objektive* Widerrechtlichkeit ist gleichzeitig eine *subjektive* Widerrechtlichkeit. Die Rechtssätze des objektiven Rechtes sind nichts anderes als die verbindliche Feststellung der Grenzen der subjektiven Rechte. In zahlreichen Fällen ist diese Abgrenzung in eigens auf sie abgestimmten Gesetzesbestimmungen geregelt worden. Es ist jedoch nicht möglich, alle Einzelfälle zum voraus so zu regeln. Wohl wissend um diese Tatsache, setzte der schweizerische Gesetzgeber dem Privatrecht den fundamentalen Befehl voraus: «Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.»[155] Damit sind einmal alle bewußten und unbewußten Lücken ausgefüllt, und darüber hinaus ist dieser allgemeinste Rechtsgrundsatz auch in der positiven Gesetzgebung eindeutig statuiert. So eigenartig es klingen mag, es ist doch so, daß sich der Gesetzgeber mit der Kodifizierung dieses einzigen Rechtssatzes hätte begnügen können, denn er liegt allen speziellen Rechtsregeln zugrunde. Es entspricht natürlich den Anforderungen der Rechtssicherheit und dem praktischen Bedürfnis, daß zu diesem Fundament zahlreiche Einzelbestimmungen hinzutreten; aber sie alle sind nur die verbindliche Feststellung dessen, was bei einzelnen Tatbeständen dem Grundsatz von Treu und Glauben entspricht. Diese Einzelbestimmungen sind Ausführungsvorschriften des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Aus dieser Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben ergibt sich, daß seit seiner Statuierung im positiven Recht jede Überschreitung der subjektiven Rechtssphäre durch die handelnde Einzelpersönlichkeit ohne weiteres auch eine Normwidrigkeit zur Folge hat; es liegt also objektive und subjektive Widerrechtlichkeit zugleich vor.

Von einem inneren Gegensatz der verschiedenen Theorien kann somit nicht die Rede sein, höchstens von einer Verschiedenheit der Standorte, wobei die subjektive Widerrechtlichkeitstheorie auf dem Standpunkt des Verletzers steht, die objektive dagegen auf jenem der positiven Rechtsordnung.

2. Die Widerrechtlichkeit nach Art. 50 aOR, Art. 48 OR und UWG

Nach der Darstellung der Widerrechtlichkeit in der Theorie soll nun gezeigt werden, wie die Widerrechtlichkeit in den einzelnen gesetzlichen Grundlagen des Ausstattungsschutzes zum Ausdruck kam.

Nach dem *Art. 50 aOR* war «die gewerbliche Konkurrenz dann widerrechtlich, wenn ein Mitbewerber den Ruf, welchen sich ein anderer Mitbewerber erworben hat, für sich auszubeuten versucht;[156] dies trifft dann zu, wenn jemand einen mit besonderer Ausstattung und Anordnung versehenen Verkehrsartikel mit den gleichen Unterscheidungszeichen auf den Markt bringt, welche bereits ein Mitbewerber angewendet hat. Es ist dies ein Eingriff in die Rechtssphäre des Mitbewerbers. Es wird der Schein erweckt, es handle sich um Waren dieses letzteren. Dadurch wird die

[154] Vgl. S. 26.
[155] Art. 2, Abs. 1, ZGB.
[156] BGE 17, 516, 756.

Kraft, die dasselbe Individuum durch die Individualisierung seiner Ware im Konkurrenzkampf eingesetzt hat, nicht nur abgeschwächt, sondern zur Förderung des nachahmenden Konkurrenten verwendet. Es wird ein dem Ersthersteller zustehendes Individualrecht verletzt.»[157]

Die Widerrechtlichkeit lag also nach Art. 50 aOR in der Verletzung eines Individualrechtes. Dies ging aber nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext hervor, denn der Art. 50 aOR setzte das Bestehen von Rechtssätzen voraus, waren dies nun Normen des eidgenössischen oder des kantonalen Rechtes, die zum Schutze der Rechtsgüter der Gesamtheit und der Einzelnen aufgestellt worden waren, und die ganze Rechtsordnung einbegriffen. Er selber setzte nur die *Schadenersatzpflicht* und die näheren Voraussetzungen hiefür fest.[158] Dies scheint mir Michel[159] nicht zu berücksichtigen, wenn er schreibt: «Die Gerichtspraxis hätte nun, ausgehend vom Art. 50 aOR, sagen können, daß auf Grund dieser Rechtsnorm das Vorliegen der Widerrechtlichkeit (ohne Verletzung eines Individualrechtes) vollkommen genüge für den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes.» Wo liegt denn diese Widerrechtlichkeit begründet, wenn nicht in der Verletzung eines subjektiven Rechtes, in unserem Falle in der Verletzung eines Individualrechtes?[160] Es genügt nicht, einfach festzustellen, nach Art. 50 aOR habe eine Widerrechtlichkeit dann vorgelegen, wenn eine widerrechtliche Schädigung vorhanden gewesen sei; die Frage ist vielmehr die, warum die Schädigung widerrechtlich ist.[161, 162, 163]

Dieser Zustand blieb bis zur Revision des OR im Jahre 1911, die, wie schon erwähnt, eine eigene Gesetzesbestimmung über den unlauteren Wettbewerb brachte. Der *Art. 48 OR* verzichtete zwar auf die ausdrückliche Nennung des Begriffes der Widerrechtlichkeit, er verzichtete aber nicht auf dessen Gehalt, sondern präzisierte ihn vielmehr in der Richtung des unlauteren Wettbewerbes: «Wer durch unwahre Auskündung oder andere *Treu und Glauben* verletzende Veranstaltungen ...»

Damit war eine *texteigene* Erklärung dessen gegeben, worin die Widerrechtlichkeit besteht, wenn auch noch in der Form einer Generalklausel. Der fundamentale Rechtssatz von Treu und Glauben wurde vom Gesetzgeber expressis verbis zur Maxime der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes erklärt. Zwar lag auch schon vor dem Inkrafttreten des Art. 48 OR derselbe Gedanke dem Abwehrkampf gegen den unlauteren Wettbewerb zugrunde, hob doch schon im Jahre 1894 Weiß «eine Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben im Verkehr»[164] in seiner Definition der concurrence déloyale hervor. Aber die ausdrückliche Formulierung im Gesetzestext war dem allgemeinen Durchbruch dieses Grundsatzes auf dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbes doch sehr förderlich.

[157] BGE 17, 710.
[158] Bühler, S. 50; vgl. Pfister, S. 83.
[159] Michel, S. 14.
[160] BGE 23, 211/212.
[161] Oser-Schönenberger, S.
[162] 24 II 716.
[163] Vgl. dazu die Definitionen des unlauteren Wettbewerbs bei Simon, S. 44; bei Valloton, S. 47; dann auch die Zusammenstellung dieser und weiterer Begriffsbestimmungen bei Michel, S. 20.
[164] Weiß, S. 37.

Treu und Glauben ist eine Maxime des rechtlichen Verhaltens, «bonne foi, buona fede, gute Treue, die bona fides des römischen Rechts». In ihr liegt letzten Endes eine Verweisung auf die allgemeinsten Rechtsgrundsätze und damit auf das Recht der Persönlichkeit in einem allgemeinsten Sinne, wie dies in einem früheren Kapitel dieser Arbeit ausführlich dargestellt worden ist.[165] Dieses Recht der Persönlichkeit tritt in der Achtung der Persönlichkeit zutage.[166] Die Achtung der Persönlichkeit aber sieht sich dann Schwierigkeiten gegenübergestellt, wenn die Interessen der konkurrierenden Rechtspersönlichkeiten in einen Gegensatz zueinander treten. Solche Konflikte sind unvermeidlich;[167] um dann einen gerechten Entscheid zu ermöglichen, muß ein Kriterium gefunden werden, das auf die Idee der Rechtspersönlichkeit selbst zurückgeht. Dieses Kriterium muß Lösungen der Rechtskonflikte ermöglichen, welche diese wirklich auflösen, die gegenseitigen Interessen richtig einschätzen und eingliedern und so eine Harmonie der Interessen, «einen Kosmos der Werte» herstellen, um einen gerechten und billigen Ausgleich darzustellen.[167]

Dieses Kriterium nun ist das grundlegende Prinzip von Treu und Glauben. Begrifflich setzt es eine Beziehung zwischen Rechtspersönlichkeiten voraus; diese Beziehungen sollen getragen werden von «Treue» und «Glauben». Der Zug ins Ethische ist unverkennbar, wenn auch die Bezeichnungen «Sittlichkeit» oder «gute Sitten»[168] hier vermieden werden. Der Hinweis auf die Ethik liegt darin begründet, daß die Rechtspersönlichkeit als solche ein ethischer Begriff ist, der dadurch, daß er ins Rechtsgeschehen eintritt, diesen Charakter nicht verliert; im Gegenteil, Recht ist nur Recht, wenn es der Ethik entspricht.

Nun ist das Prinzip von Treu und Glauben wesentlich auf *Gegenseitigkeit* hin geordnet. Es kann aber ein Konflikt zwischen den «Gegenseitigen» nur dann harmonisch in das Ganze der Rechtsordnung eingefügt werden,[169] wenn seine Lösung dem Wesen *aller* beteiligten Rechtspersönlichkeiten entspricht. Hierin liegt die immanente Schranke der freien Entfaltung der freien Rechtspersönlichkeit. «Die Freiheit des Einzelnen kann nur sein eine Freiheit in der Gemeinschaft und findet in dieser selbst ihre Begrenzung; jeder einzelne muß die gleiche Freiheit des andern respektieren, um beanspruchen zu können, auch in der seinigen respektiert zu werden. Unsere ganze moderne Rechtsordnung beruht auf dem Grundsatz der *Freiheit in der Gemeinschaft.*»[170]

Auf diese Respektierung muß der Einzelne vertrauen können, und er soll in seinem Vertrauen auch nicht getäuscht werden; was er berechtigterweise erwarten kann, das darf nicht vereitelt werden. Er muß *glauben* können, daß *Treue* gehalten wird. — Dies alles liegt im Prinzip von Treu und Glauben geborgen, ist es doch nicht nur negativ die *Schranke* aller Rechtsübung, sondern ebensosehr positiv *Wegweiser* aller Rechtsübung.[171]

Das Wettbewerbsrecht wird zum Prüfstein des Prinzips von Treu und

[165] Vgl. S. 21 ff. dieser Arbeit.
[166] Egger, S. 65.
[167] Egger, S. 65.
[168] Art. 27 ZGB; Art. 19, 20, 41, Abs. 2 OR.
[169] Egger, S. 47.
[170] Bühler, S. 41.
[171] BGE 45 II 398; 47 II 453.

Glauben, denn im Wesen der Konkurrenz liegt das *Kampfmoment*. «Wettbewerb ist das Einanderübertreffenwollen in gleichartigen Leistungen.»[172] Es ist daher nicht nur möglich, sondern begrifflich notwendig, daß die Gewerbetreibenden zueinander in einen Gegensatz treten, indem sie einander mit Leistungen überbieten wollen, um so einen möglichst großen Teil der Gesamtkundschaft für sich zu gewinnen. — Eine solche Leistung, deren wirtschaftliche Bedeutung schon oben[173] gezeigt wurde, ist die *Ausstattung*. Sie geht, wie alle Wettbewerbsmittel, darauf aus, die Kundschaft anzuziehen. Gelingt ihr das, dann bewirkt sie, daß den anderen Wettbewerbern Kunden entzogen werden; diese erleiden dadurch eine «Schädigung». Es läge daher nicht allzu fern, in der Verwendung einer Ausstattung einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben zu sehen. Dies ist aber deswegen nicht der Fall, weil jede wirtschaftliche Persönlichkeit das *gleiche* Recht auf Betätigung und damit auf Wettbewerbsbeteiligung besitzt.[174] Daher kann der individuelle Wettbewerb an sich nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen und infolgedessen nicht widerrechtlich sein, selbst dann nicht, wenn er scharfe Formen annimmt.[175] Die Schaffung einer wirtschaftlichen Machtstellung ist erlaubt. Was jedoch nicht erlaubt ist, ist die Verwendung von *Mitteln* im Kampf um die Schaffung einer wirtschaftlichen Machtstellung, die dem Prinzip von Treu und Glauben widersprechen. Erst durch die Verwendung unlauterer Kampfmittel wird der Wettbewerb unlauter; in ihr liegt die Widerrechtlichkeit. Sie ist in concreto dann verwirklicht, wenn durch die Verwendung dieser Kampfmittel die oben gezogenen Schranken der Gegenseitigkeit überschritten werden. Sache des Richters ist es, in Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben, auf Grund der Umstände des Einzelfalles an Hand des Rechtsgefühls zu entscheiden, wo der erlaubte Wettbewerb aufhört und wo der unlautere Wettbewerb beginnt.[176]

Dies gilt von der Widerrechtlichkeit nach Art. 48 OR. Aber auch für die Widerrechtlichkeit nach dem *UWG* ist grundsätzlich dasselbe zu sagen, denn das UWG steht erst recht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. Zwar wird durch das Hervorheben des Rechtsmißbrauchkriteriums die subjektive[177] Widerrechtlichkeit besonders unterstrichen. Jeder Rechtsmißbrauch ist jedoch ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben; dieser ist im Gesetz verankert.[178] Wesentlich neue Gesichtspunkte ergeben sich also für das UWG keine, so daß die Darstellung der Widerrechtlichkeit als Voraussetzung der Störungsklagen abgeschlossen ist und übergangen werden kann zu den einzelnen Klagen.

[172] Spann, S. 153.

[173] Vgl. 1. Kapitel.

[174] Dieses Recht ist allen Wettbewerbern durch den Art. 31 BV garantiert.

[175] BGE 10, 367; 17, 713; 21, 1188; 23, 213; 32 II 367; 43 II 55/56; 52 II 381, 445; vgl. Bühler, S. 79; do. Kohler, Unlauterer Wettbewerb, S. 17/18: «Die Rechtswidrigkeit liegt nicht in der Schaffung einer wirtschaftlichen Machtstellung, sondern in der Wahl der Mittel, die diesem Zwecke dienen sollen, sofern sie gegen die Rechtsordnung verstoßen.»

[176] Michel, S. 28.

[177] Diese Theorie wird auch von Josserand vertreten, indem er sagt: «...la théorie de la concurrence déloyale, qui n'est qu'une forme spécialisée de la théorie générale de l'abus des droits, à savoir: l'abus du droit de libre concurrence.» Josserand, S. 219/220.

[178] Germann, Kommentar, S. 254/255.

B. Die einzelnen Klagen

1. Die Unterlassungsklage

Der Art. 48 OR ermöglichte dem Verletzten die Klage auf *Einstellung des Geschäftsgebarens;* jedoch bezog sich diese Klage nur auf die Störungs*handlung,* nicht aber auf die Störungs*wirkung.* Infolgedessen mußte die Störungshandlung zur Zeit der Klageerhebung noch fortdauern,[179] und der Unterlassungsanspruch wurde nur bei Erwartung weiterer Störungshandlungen zugelassen.

Damit waren aber nicht alle Möglichkeiten erschöpft. Weil der Art. 48 ein Anwendungsfall des Art. 28 ZGB war, konnten auch die Rechtsschutzmittel des Art. 28 ZGB herübergenommen werden. Danach kann, wer in seinen persönlichen Verhältnissen in unbefugter Weise verletzt wird, auf Beseitigung der Störung klagen. Weil indessen der Art. 48 OR auch dann Schutz gewährte, wenn der Besitz der Kundschaft erst *bedroht* war, genügte es für den Ausstattungsschutz, wenn eine Ausstattung nur *geeignet* war, eine Verwechslungsgefahr herbeizuführen, um den Anspruch auf *Beseitigung der Störung* zu begründen. Konkrete Verwechslungen mußten keine vorliegen. Die Bedrohung konnte ja auch in Vorbereitungshandlungen liegen. Wußte also beispielsweise ein Wettbewerber um die bloße Herstellung einer sein Ausstattungsrecht verletzenden Verpackung eines Konkurrenzproduktes durch einen Wettbewerber, dann war er berechtigt, selbst diese Bedrohung verbieten zu lassen. Dadurch wurde ein vorbeugender Rechtsschutz möglich.

So konnte eine Unterlassungsklage in den wünschbaren Fällen angestrengt werden. Der *Inhalt* des Klagebegehrens blieb jedoch beschränkt, weil die Eigenart der strengen Unterlassungsklage darin liegt, daß ihr Klagebegehren nur auf eine Unterlassung, nicht aber auf ein positives Tun gerichtet sein kann. Darin lag offenbar eine Schwäche des Ausstattungsschutzes nach Art. 48 OR.[180, 181]

Diese Schwäche wurde durch das UWG beseitigt. Zwar ist seine *Unterlassungsklage*[182] auch auf eine Unterlassung beschränkt; auch mit ihr kann weder ein positives Tun, eine Leistung, noch die Beseitigung der Folgen der unlauteren Wettbewerbshandlung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes erreicht werden.[183] Jedoch wurde die Unterlassungsklage durch eine weitere Klage ergänzt: Durch die Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes.

2. Die Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes

Die Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes wurde[184] als *Ergänzung* der Unterlassungsklage in das UWG[185] aufgenommen, um da-

[179] BGE 46 II 428; 42 II 597.

[180] Germann, Vorarbeiten, S. 32.

[181] v. Thur, S. 349.

[182] Art. 2, lit. b, UWG.

[183] v. Büren, S. 180: Sie hat nur den Zweck, «ein Nicht-Tun zu verlangen».

[184] Diesen Anspruch kannten ausdrücklich der Art. 13 des Genfer Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, ferner auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Österreichs im § 15.

[185] Art. 2, lit. c.

durch die oben gezeigten Schwächen des alten Rechtes auszuschalten. Mit ihr können nun alle Störungswirkungen bekämpft werden, auch jene bereits abgeschlossener Handlungen.[186]

Doch was ist unter den Störungswirkungen zu verstehen? — Weil der Beseitigungsanspruch sowohl unabhängig vom Verschulden des Beklagten als auch vom Schaden des Klägers ist, bezeichnet «rechtswidriger Zustand» nur «die unmittelbaren Veränderungen der äußeren Verhältnisse, welche die Handlung mit sich brachte und in welcher sich diese Handlung erschöpfte».[187] Wenn also ein Konkurrent die Ausstattung des Kataloges eines Mitbewerbers nachahmt, so besteht der dadurch hergestellte rechtswidrige Zustand nicht in der Gesamtheit der wahrscheinlichen und möglichen Folgen, sondern nur in der Summe jener Tatsachen, welche mit der Ausführung der Handlung in direktem Zusammenhang stehen, und die für diese Handlungen notwendig gewesen sind, beispielsweise also im Katalog selber oder im Verzeichnis der Kunden, an die der Katalog versandt worden ist. Infolgedessen kann mit der Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes nur[188] die Beseitigung der versandten Kataloge und die Herausgabe des Kundenverzeichnisses verlangt werden.[189]

Dieses Beispiel zeigt, daß die Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes für den Ausstattungsschutz von besonderer Bedeutung sein kann, denn ein bestehender rechtswidriger Zustand ist unter Umständen geeignet, die Verkehrsgeltung fortgesetzt zuungunsten des Berechtigten und zugunsten des Verletzers zu beeinflussen. Dies zu verhindern ist die Aufgabe der Klage auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes im Ausstattungsschutz.

3. Die Feststellungsklage

Die *dritte* Störungsklage ist die Feststellungsklage.[190] Auch sie richtet sich gegen die Störungshandlung.

Der Art. 48 OR hatte sie nicht ausdrücklich vorgesehen, «allein da dieser Artikel eine Ausführungsvorschrift der allgemeinen, den Schutz der Persönlichkeit regelnden Bestimmungen des Art. 28 ZGB darstellte,[191] so war kein Zweifel, daß auch in den Fällen des unlauteren Wettbewerbs ein Anspruch auf Feststellung grundsätzlich bestand, wenn die übrigen Voraussetzungen vorhanden waren».[192]

Die erste *Voraussetzung* der Feststellungsklage ist das Vorliegen einer Störungshandlung; die Störung kann entweder noch fortdauern oder[193]

[186] Im Gegensatz zur bisherigen Gerichtspraxis: BGE 40 II 164; 42 II 599; 45 II 106; 48 II 16. Vgl. dazu Germann, Vorarbeiten, S. 28. Vgl. auch Wolfer.

[187] v. Büren, S. 182.

[188] Diese Aufzählung ist nicht unbedingt abschließend.

[189] Im Gegensatz dazu BGE 46 II 429: «Die weiteren Klagebegehren jedoch, gerichtet auf die Zurückziehung bereits versandter Kataloge aus dem Verkehr und auf Aushändigung eines Verzeichnisses der Kunden, welche sie erhalten haben, geht über den Rahmen der in Art. 48 OR enthaltenen Unterlassungsklage hinaus.»

[190] Bär, SJZ 20, S. 73 ff.

[191] BGE 42 II 600; 46 II 427.

[192] BGE 56 II 36.

[193] BGE 48 II 16 und dort angeführte Entscheide.

bloß befürchtet werden.[194] Denn auch die Feststellungsklage richtet sich, wie die Unterlassungsklage, grundsätzlich in die Zukunft; sie wird nur bei Erwartung weiterer zukünftiger Störungshandlungen zugesprochen.[195]

Die *zweite* Voraussetzung der Feststellungsklage bringt eine wichtige Einschränkung; es wird ein *Feststellungsinteresse* verlangt. Der Kläger muß an der alsbaldigen Feststellung ein Interesse haben; er hat ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen.[196] Durch diese einschränkende Voraussetzung ist dem Richter die Möglichkeit gegeben, die Anwendung der Feststellungsklage auf ein nützliches Maß zu beschränken. Immerhin genügt, daß ein Interesse an der *derzeitigen* Feststellung nachgewiesen wird; dann ist die Feststellungsklage auch zulässig, wenn an sich eine Leistungsklage möglich wäre.[197, 198]

Diese Voraussetzungen gelten auch für die Feststellungsklage des UWG, die im Art. 2, lit. a, ausdrücklich als Klage auf «Feststellung der Widerrechtlichkeit» in das Gesetz aufgenommen worden ist.

Für den Ausstattungsschutz kann die Feststellungsklage etwa dann wichtig werden, wenn sich ein Ersthersteller in seinem Recht an der Ausstattung durch die Störungshandlung eines Mitbewerbers verletzt sieht, und dies in einer Weise, daß er an der Feststellung der Rechtslage, wie sie in bezug auf die Ausstattung besteht, ein erhebliches Interesse nachzuweisen vermag; dies kann etwa beim Ausstreuen von die Ausstattung berührenden Behauptungen des Zweitherstellers der Fall sein, wenn diese eine Täuschung der Kundschaft möglich machen. Auch in der Feststellungsklage kann ein Mittel liegen, das die Verkehrsgeltung schützen soll.

In solchen Fällen ist die Feststellungsklage *möglich;* sind jedoch auch die Voraussetzungen einer Leistungsklage gegeben, dann soll in der Regel dieser der Vorzug gegeben werden, denn sie bringt eine endgültige Abklärung der Sachlage; die Feststellungsklage dagegen ist ihrem Wesen nach geeignet, die Grundlage für eine spätere Leistungsklage zu werden. Sie ohne Not anzustrengen, bedeutet eine unnötige Prozeßvermehrung, und das kann nicht der Sinn der Feststellungsklage sein.

3. Abschnitt

Die Schadenersatz- und Genugtuungsklage

A. Die weiteren Klagevoraussetzungen

1. Das Verschulden

«Verschulden ist eine bestimmte, eine Mißbilligung enthaltende *Qualifikation* eines menschlichen Verhaltens.»[199]

[194] Egger, S. 265.
[195] Vgl. Keel, S. 55.
[196] BGE 42 II 700.
[197] BGE 50 II 57.
[198] Zum Verhältnis zur Leistungsklage: BGE 40 II 165; 54 II 107; 48 II 21; vgl. Egger, S. 265/266.
[199] Oftinger, Band I, S. 102.

Dieses Verschulden kann *graduell* verschieden sein. Es werden zwei Stufen unterschieden:

Die höhere Stufe ist der *Vorsatz*, der «die mißbilligende Qualifikation des auf die Herbeiführung eines Schadens gerichteten Willens ist». Die tiefere Stufe ist die *Fahrlässigkeit* als die «mißbilligende Qualifikation der voraussehbaren Herbeiführung eines Schadens durch mangelnde Sorgfalt».[200] Um das Vorliegen der mangelnden Sorgfalt feststellen zu können, versuchte man durch die «Objektivierung» oder «Standardisierung» des Verschuldensbegriffes an die Stelle der inneren seelischen Tätigkeit des in concreto Handelnden das *Durchschnittsmaß* jener Sorgfalt zu setzen, die ordentliche, vernünftige Menschen bei solchen Handlungen anzuwenden pflegen.[201] Von diesem «objektivierten» Standpunkt aus wird dann beurteilt, ob dieses gewöhnliche Maß an Sorgfalt vorhanden gewesen sei oder nicht; je nachdem wird dann die Verschuldensfrage verneint oder bejaht.[202]

So stellt sich in kurzen Zügen das Problem des Verschuldens dar, und zwar in seiner *allgemeinen* Bedeutung. In dieser Arbeit geht es aber darum, das Verschuldensproblem aufzuzeigen, wie es sich im unlauteren Wettbewerb und *speziell* im Ausstattungsschutz zeigt.

Während der Geltungsdauer des Art. 50 aOR wurde das Verschulden als *notwendige* Voraussetzung des Ausstattungsschutzes betrachtet, weil der Art. 50 aOR in seinem Wortlaut eine Schädigung mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit voraussetzte.[203] Gestützt auf diese Tatsache erklärten einzelne Theoretiker das Verschulden als Begriffsmerkmal des unlauteren Wettbewerbes. Diese Ansicht wurde durch das Bundesgericht richtiggestellt, indem es in einer ausführlichen Definition des unlauteren Wettbewerbes[204] das Verschulden nicht erwähnte. Es wurde damit eindeutig festgestellt, daß ein Verschulden nicht zur Begriffsbestimmung des unlauteren Wettbewerbes gehört; es ist nur eine Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht, die durch den Art. 50 aOR festgestellt wurde.

Das revidierte OR brachte diese Tatsache eindeutig zum Ausdruck, indem es zwischen Schadenersatzklage und Klage auf Beseitigung des Geschäftsgebarens unterschied; für die Schadenersatzklage wurde das Verschulden *beibehalten*, für die Klage auf Beseitigung des Geschäftsgebarens wurde dagegen ein Verschulden als *nicht erforderlich* erklärt. [205]

Das UWG behält diese Unterscheidung zwischen Klagen mit und solchen ohne Verschuldensvoraussetzung bei. Trotz dieser Unterscheidung im Gesetze könnte man sich, wenn nicht schon für den unlauteren Wettbewerb im allgemeinen, so doch für den Ausstattungsschutz im besonderen die Frage stellen,[206] ob man einfach das Verschulden als gegeben betrachten könne. Das Verschulden in den Fällen des Ausstattungsschutzes be-

[200] Oftinger, Band I, S. 105.

[201] Keel, S. 40 ff.

[202] Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die Verschuldensfrage in allen Einzelheiten zu erörtern. Ich verweise dafür auf Keel: «Unlauterer Wettbewerb ohne Verschulden», und auf die dort genannte Literatur.

[203] BGE 24 II 608.

[204] BGE 38 II 560.

[205] BGE 40 II 361; 69 II 296.

[206] Guhl, S. 131.

steht in der Verletzung von Sorgfaltspflichten beim Inverkehrsetzen einer Ausstattung. Diese Verletzung von Sorgfaltspflichten aber ist selbst dann nur Fahrlässigkeit, wenn sie vorsätzlich verletzt werden. Vergegenwärtigt man sich nun die Tatsache, daß die Ausstattung so vielfältige Verwirklichungsmöglichkeiten bietet, dann muß man es für mehr als einen Zufall ansehen, wenn vollständig unabhängig voneinander für zwei gleichartige Produkte im Gesamtbild verwechselbare Ausstattungen verwendet werden, und dies ungefähr zur gleichen Zeit, denn nach der abgeschlossenen Einführung einer Ausstattung kann nicht mehr leicht von Schuldlosigkeit gesprochen werden, weil der Zweithersteller kaum mehr glaubhaft machen kann, er habe das Konkurrenzprodukt derselben Branche und Art nicht gekannt.[207]

Immerhin gibt es Fälle, in denen ein Verschulden nicht vorliegt oder zum mindesten nicht evident ist. Zwei Beispiele aus dem Gebiete der Warenausstattung, die mir ein Reklamefachmann mitgeteilt hat, sollen dies belegen:

Im ersten Fall wurde in Anlehnung an ein eigenes chemisches Produkt, das in braungelber Verpackung in den Handel gelangt, die Büchse eines Insektenpulvers dunkelbraun-gelb gefärbt, weil dieses Pulver einerseits dieselbe chemische Substanz enthält, die von der betreffenden Fabrik stets mit gelb bezeichnet wird, und anderseits diese Farben ein harmonisches Bild ergeben; das Konkurrenzprodukt gelangt in schwarz-gelben Büchsen zum Verkauf.

Der zweite Fall bestand darin, daß eine Farbbüchse schwarz-weiß gefärbt wurde, weil dies die einzigen neutralen Farben sind, und sich daher alle Farben des Büchseninhaltes, die in entsprechenden Farbstreifen auf der Büchse kenntlich gemacht wurden, deutlich von ihrem Hintergrund abhoben; die Farbbüchsen der Konkurrenzfirma waren, wohl aus denselben Gründen, ebenfalls schwarz-weiß.[208]

Von einem Verschulden kann in diesen Fällen nicht ohne weiteres gesprochen werden. Die endgültige Entscheidung muß allerdings auf Grund der vollständigen Kenntnis der Fälle getroffen werden. Sicher ist, daß in den weitaus meisten Fällen der Verletzung des Ausstattungsrechtes ein Verschulden vorliegt; infolgedessen ist auch fast durchwegs eine Leistungsklage möglich, denn sie hat das Verschulden zur Voraussetzung. Das Verschulden in den Fällen des Ausstattungsschutzes besteht in der Verletzung von Sorgfaltspflichten beim Inverkehrsetzen einer Ausstattung. Diese Verletzung von Sorgfaltspflichten aber ist selbst dann nur Fahrlässigkeit, wenn sie vorsätzlich verletzt werden.

Das Verschulden ist aber nicht die einzige Voraussetzung der Leistungsklagen; die schuldhafte Handlung muß auch einen *Schaden* bewirkt haben.

2. Der Schaden

«Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen des Geschädigten und dem Bestand, den sein Vermögen hätte,

[207] BGE 22, 590.

[208] An sich wäre hier aus Gebrauchszweckgründen die Erlaubtheit der ähnlichen Farbverwendung nicht ausgeschlossen, aber es müßten andere Unterscheidungsmerkmale, wie etwa die Büchsenform, angebracht werden.

wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Daher bezeichnet man den Schaden oft als das *Vermögensinteresse* oder kurzweg als das Interesse des Geschädigten.»[209]

Diese Definition zeigt, daß der Schaden eine *Vermögensverminderung* ist. Das Vermögen ist hier aber in einem weiten Sinne genommen, als Inbegriff der wirtschaftlich bedeutsamen und meßbaren Tatsachen, an denen eine Person berechtigt ist. Nicht nur Geld und Gut gehören dazu, auch das Recht auf Integrität der Persönlichkeit und ihre wirtschaftliche Freiheit, sofern eine Verletzung sich wirtschaftlich auswirkt.[210]

Auf den Ausstattungsschutz angewendet, bedeutet dies, daß die Verletzung des Ausstattungsrechtes eine Vermögensverminderung herbeiführen muß, und zwar in der Form des *entgangenen Gewinnes.*

Diese Auffassung des Schadens als Vermögensverminderung kam schon in den früheren Gesetzesgrundlagen des Ausstattungsschutzes zum Ausdruck. Eine Untersuchung des Art. 50 aOR ergibt, daß diese Gesetzesbestimmung als erste Basis des Ausstattungsschutzes den Schaden als vermögensrechtliche Beeinträchtigung verstand.[211, 212] Auch nach dem Art. 48 OR wurde der Schaden im Umsatzrückgang, der einen verringerten Gewinn mit sich brachte, gesehen. Dasselbe gilt für den Schadensbegriff des UWG.

Damit steht fest, was unter Schaden zu verstehen ist. Über die Feststellung der *Höhe* des Schadens im Einzelfall ist damit noch nichts gesagt. Da sie sich jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen über die Schadensbemessung richtet,[213] kann darauf verwiesen werden. Immerhin liegt für den Ausstattungsschutz insofern eine Besonderheit vor, als meist ein erhebliches Interesse daran besteht, möglichst frühzeitig gegen die unlautere Wettbewerbshandlung einzuschreiten; somit hat sich der Schaden in vielen Fällen noch nicht voll ausgewirkt. Hier ist es nun Aufgabe des Richters, den «voraussichtlich noch erwachsenden Schaden»[214] mit einzubeziehen, entsprechend dem Art. 42, Abs. 2, OR, der ihn anweist, «den ziffernmäßig nicht feststellbaren Schaden nach seinem Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Maßnahmen abzuschätzen». Dies soll nicht nur für die Höhe des Schadens zutreffen, sondern auch dann, wenn ein Schaden überhaupt nicht ziffernmäßig im strengen Sinne nachweisbar ist.[215] Es liegt in der Natur der Sache, daß dies gerade im unlauteren Wettbewerb im allgemeinen[216] und im Ausstattungsschutz im besonderen oftmals der Fall ist.

Damit sind das Verschulden und der Schaden unabhängig voneinander

[209] v. Thur, § 12, S. 69.

[210] Oftinger, Band I, S. 27/28.

[211] Im OR vom Jahre 1911 trat der Art. 41 an seine Stelle.

[212] Bühler, S. 87; Specker, S. 17 ff und S. 341 ff.

[213] Art. 42, 43, 44 OR.

[214] Im Entwurf 1942 des UWG war dieser Passus ausdrücklich aufgenommen worden, jedoch wurde er vom Parlament gestrichen. Vgl. zu dieser Frage Germann, Kommentar, S. 323.

[215] BGE 40 II 354; 363; 42 II 135; 43 II 55; 60 II 131; 61 II 389.

[216] BGE 68 II 244; vgl. Germann, Kommentar, S. 324.

dargestellt; zwischen ihnen besteht aber ein innerer Zusammenhang: Der Kausalzusammenhang.

3. Der Kausalzusammenhang

Was im schweizerischen Recht unter Kausalzusammenhang zu verstehen ist, faßt das Bundesgericht folgendermaßen zusammen:

«Nach der Lehre von der Adäquanz, zu der sich das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung bekannt hat, ist ein Ereignis oder eine Handlung nur dann als rechtserhebliche Ursache eines Erfolges anzusehen, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen und daher der Eintritt des Erfolges durch die konkrete Tatsache allgemein als begünstigt erscheint.[217] Ob diese Qualifikation des ursächlichen Zusammenhanges gegeben sei oder nicht, ist im Gegensatz zur Frage nach dem natürlichen Zusammenhang eine Rechtsfrage.»[218, 219]

Dieser adäquate Kausalzusammenhang muß im Ausstattungsschutz zwischen der unlauteren Wettbewerbshandlung und dem Schaden bestehen. Doch ist dieser Zusammenhang nicht direkt; er ist vielmehr dreistufig, indem sich das schuldhafte Verhalten — die Ausstattungsnachahmung — zunächst als Verletzung des Rechtsgutes — der Verkehrsgeltung — auswirkt und erst dann mittelbar als Vermögensminderung. Konkret formuliert heißt das:

Die schuldhafte Ausstattungsnachahmung muß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge an sich geeignet sein, die Verkehrsgeltung einer Ausstattung zu beeinträchtigen und dadurch einen Umsatzrückgang des berechtigten Wettbewerbers zu bewirken.

Der adäquate Kausalzusammenhang ist vom Kläger nachzuweisen. Nur jener Schaden muß vom Beklagten ersetzt werden, für den der Kläger diesen Nachweis zu erbringen vermag. Es wird jedoch auch im Ausstattungsschutz dem Kläger manchmal schwer fallen, den Kausalzusammenhang zu beweisen, weil der Schaden in einem *entgangenen Gewinn* besteht.[220] Die Gerichte werden daher «in bezug auf den vom Kläger zu liefernden Beweis keinen allzu strengen Maßstab anlegen können und sich mit genügenden Indizien begnügen müssen». Dies anerkennt auch das Bundesgericht, indem es erklärt: «En cette matière, on ne peut exiger une preuve rigoureuse et absolue du rapport de causalité; on doit se contenter d'une certitude fondée sur le cours ordinaire des choses et de l'expérience de la vie.»[221]

B. Die Schadenersatzklage

Sowohl zur Geltungszeit des Art. 50 aOR wie auch des Art. 48 OR hat die Schadenersatzklage eine Anwendung gefunden, die als zu weitgehend bezeichnet werden muß. Einige Beispiele sollen dies belegen:

[217] Oser-Schönenberger, Anm. 79 zu Art. 41 OR; BGE 57 II 39.
[218] BGE 64 II 204.
[219] Guhl, S. 62.
[220] v. Büren, S. 190.
[221] BGE 47 II 293.

Das Bundesgericht erklärte in seinem Urteil vom 9. November 1920 in Sachen von Roll'sche Eisenwerke gegen Gebrüder Tüscher & Co., daß zur Wiederherstellung des früheren Zustandes Ansprüche, wie die Zurückziehung eines bereits versandten Kataloges aus dem Verkehr und eine Aushändigung des Verzeichnisses jener Kunden, welche ihn erhalten haben, «unter dem Gesichtspunkt der Wiedergutmachung bereits zugefügten Schadens mit in Betracht gezogen werden könnten».[222] — An anderer Stelle wurde der Anspruch auf Zerstörung bestimmter Fabrikate genannt.[223] — Schließlich wurde, gestützt auf die Schadenersatzklage, auch der Anspruch auf Urteilspublikation gutgeheißen.[224]

Alle diese Maßnahmen sind meines Erachtens nicht Schadenersatz, sondern Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes. Dies wurde wohl schon damals erkannt; aber dieser Erkenntnis stand die Tatsache gegenüber, daß im alten Rechtsmittelsystem in der Schadenersatz- und Genugtuungsklage die einzige Möglichkeit zur Verurteilung zu einem positiven *Tun* lag. Es mußte daher eine zu weite Anwendung der Schadenersatzklage in Kauf genommen werden, um auf diese Weise Unbilligkeiten vermeiden zu können. Es wäre zum Beispiel unbillig gewesen, die Urteilspublikation im Ausstattungsschutz nicht zu gewähren, weil durch eine Urteilsveröffentlichung die Verkehrsgeltung am ehesten beeinflußt werden kann.

Vom Standpunkt einer scharfen Trennung der einzelnen Klagen aus gesehen, war diese Lage jedoch ungenügend. Es ist daher zu begrüßen, daß im UWG eine selbständige Klage sowohl für die Urteilspublikation[225] wie auch für die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes enthalten ist.[226] Dadurch wird es möglich, die Schadenersatzklage auf ihre eigentliche Aufgabe zu beschränken.

C. Die Genugtuungsklage

Die zweite Leistungsklage, die sog. Genugtuungsklage, unterscheidet sich von der Schadenersatzklage nebst der Voraussetzung einer besonderen Schwere des Verschuldens und der Verletzung dadurch, daß sie nicht eine materielle Unbill, sondern eine *immaterielle* Unbill voraussetzt. Dies geht aus dem Art. 49 OR hervor, auf den Art. 2, lit. e, UWG kurzerhand verweist.

Dieser Verweis birgt aber eine erhebliche Schwierigkeit, denn im Abs. 1 des Art. 2 UWG werden *alle* Klageansprüche von einer Bedrohung oder *Schädigung* abhängig gemacht. Wird nun das Wort «geschädigt» in seinem strengen Sinne aufgefaßt (als Vermögensverminderung), dann kommt man zum Schluß, daß eine Genugtuungsklage, gestützt auf Art. 2, lit. e, UWG, nur dann möglich ist, wenn neben der immateriellen Unbill *auch* eine materielle Unbill vorhanden ist.[227] Dies hätte eine *Einschränkung* der Anwendung der Genugtuungsklage gegenüber dem Art. 49 OR

[222] BGE 46 II 428/429.
[223] Oser-Schönenberger, S. 344.
[224] Oser-Schönenberger, S. 311.
[225] Art. 6 UWG.
[226] Art. 2, lit. c, UWG.
[227] v. Büren, S. 194.

zur Folge, und doch wird ausdrücklich auf ihn verwiesen.[228] Eine solche Einschränkung kann meines Erachtens nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, der das UWG vor allem deswegen erließ, um einen erhöhten Rechtsschutz zu erreichen.[229]

Diese Schwierigkeit ist indessen nicht ausweglos. Sie kann gelöst werden durch das Ersetzen des Wortes «geschädigt» im Art. 2, Abs. 1, UWG durch den Ausdruck «verletzt».[230] Unter Verletzung kann sowohl eine materielle Unbill als auch eine immaterielle Unbill verstanden werden. Ein Hinweis darauf, daß ein solches Vorgehen der Absicht des Gesetzgebers nicht widerspricht, liegt im französischen Text des Art. 2, Abs. 1, UWG, der an Stelle des Wortes «geschädigt» den Ausdruck «atteint» verwendet. «Atteindre» und das Substantiv «atteinte» sind ohne Zweifel weitere Begriffe als das Wort «schädigen». Sie umfassen nicht nur materielle, sondern auch immaterielle Unbill. Dies geht eindeutig aus ihrer Verwendung in den Art. 28 ZGB[231] und 49 OR[232] hervor.

Dieser Ausweg scheint mir aus *diesen* Gründen gangbar, so daß, gestützt auf Art. 2, lit. e, UWG, die Genugtuungsklage auch ohne das Vorliegen einer materiellen Unbill angestrengt werden kann; es genügt das Vorhandensein einer immateriellen Unbill.

Weil aber nach der Individualrechtstheorie in jedem Falle, da die Voraussetzungen des Ausstattungsschutzes gegeben sind, eine Individualrechtsverletzung vorliegt, so könnte nun vermutet werden, es sei wegen des engen Zusammenhanges des «Individualrechtsbegriffes» mit dem «Persönlichkeitsrechtsbegriff» auch in jedem Falle eine Genugtuungsklage möglich. Dies ist aber nicht der Fall; es wird verhindert durch die weitere Voraussetzung des Genugtuungsanspruches, wonach er nur gerechtfertigt ist, wenn «eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens»[233] vorliegt, so daß der Verletzte durch den daraus entstandenen Kummer und moralischen Schmerz eine besonders schwere seelische Kränkung erlitten hat.

Wie soll aber eine solche seelische Kränkung wieder gutgemacht werden? — Einerseits widerspricht es dem Rechtsgefühl, den Verletzer ohne Wiedergutmachung ausgehen zu lassen, anderseits hat eine «Umrechnung» des tort moral in eine Geldsumme etwas Stoßendes an sich; und doch wird sie, wenn besondere Umstände nicht etwas anderes erlauben, meistens

[228] Art. 2, lit. e, UWG: «Im Falle des Art. 49 des Obligationenrechtes auf Genugtuung.»

[229] Dieselbe Schwierigkeit ergibt sich für die Störungsklagen, die auch keinen Schaden zur Voraussetzung haben. v. Büren löst diese Schwierigkeit damit, daß er erklärt, ein Schadensnachweis sei nicht notwendig, weil der bloße Gefährdungsnachweis genüge. Diese Erklärung scheint mir nicht zu genügen, denn der Unterschied zwischen dem Schadensnachweis und dem Gefährdungsnachweis besteht nicht darin, daß im einen Fall ein Schaden nachgewiesen werden muß, im andern dagegen nicht; der Unterschied liegt vielmehr darin, daß im einen Fall der Schaden bereits verwirklicht worden ist, daß er aber im andern Falle noch nicht verwirklicht ist. Um Schaden aber handelt es sich in jedem Fall. v. Büren, S. 171.

[230] Oder «beeinträchtigt», wie es im Art. 48 OR hieß.

[231] Art. 28 ZGB: «Celui qui subit une atteinte ...»

[232] Art. 49 OR: «Celui qui subit une atteinte ...»

[233] Art. 49 OR.

die einzige Möglichkeit sein, um einen einigermaßen befriedigenden Ausgleich schaffen zu können. Es wird daher die Genugtuungsleistung in vielen Fällen aus einer Geldsumme bestehen; sie kann aufgefaßt werden als «Quasischmerzensgeld»,[234] das dem Verletzten das Hinwegkommen über die immaterielle Unbill erleichtern soll.[235]

Sind nun im Ausstattungsschutz Fälle möglich, in welchen die besondere Schwere des Verschuldens und der Verletzung einen Genugtuungsanspruch als gerechtfertigt erscheinen lassen? — Diese Frage ist nicht ohne weiteres zu verneinen, können doch schwere Verletzungen in den persönlichen Verhältnissen und besonders perfides Verschulden in Frage stehen; denken wir nur etwa an den Fall eines systematischen Angriffes auf einen Konkurrenten durch die Verwendung mehrerer verwechselbarer Ausstattungen von seiten eines bösartigen Mitbewerbers, mit der groben Absicht, den Ersthersteller auf der ganzen Linie auszuschalten. Immerhin werden die Genugtuungsfälle im Ausstattungsschutz die Ausnahmefälle sein.

4. Abschnitt

Die Urteilsveröffentlichung

Die Sonderstellung des Anspruches auf Urteilsveröffentlichung im Rechtsmittelsystem des UWG kommt schon in ihrer systematischen Stellung im Gesetz zum Ausdruck. Während alle übrigen Klagen im Art. 2 UWG aufgezählt sind, wird der Anspruch auf Urteilspublikation im Art. 6 UWG selbständig geregelt:

«Der Richter kann die obsiegende Partei auf ihr Begehren ermächtigen, das Urteil auf Kosten der unterlegenen Partei zu veröffentlichen. Er bestimmt Art und Umfang der Veröffentlichung.»

Aus diesem Wortlaut geht einmal hervor, daß die Urteilsveröffentlichung eine *selbständige* Schutzvorkehrung darstellt, die *neben* jeder andern Klage aus dem UWG vom Richter verlangt werden kann.[236] Sie hat die übrigen Ansprüche zu *ergänzen.*

Um jedoch Auswüchse zu vermeiden, ist das richterliche Ermessen besonders in den Vordergrund gerückt worden, da es ihm anheimgestellt wird, ob und in welcher Weise die Urteilspublikation erfolgen soll.

Der Richter wird sich dabei vom Gedanken der Zweckmäßigkeit einer Urteilspublikation leiten lassen. Diese Maßnahme kann verschiedene Zwecke verfolgen; es treten hier vor allem der Genugtuungszweck und die Schadensverhütung in den Vordergrund.[237] Je nach der Sachlage tritt der eine oder andere Zweck stärker hervor.

Die Urteilspublikation ist für den Ausstattungsschutz ganz besonders bedeutsam, denn sie richtet sich, genau wie die Ausstattung selbst, an die

[234] Oser-Schönenberger, S. 350.
[235] Egger, S. 269.
[236] v. Büren, S. 199.
[237] Oser-Schönenberger, S. 311.

Öffentlichkeit. Diese ist es ja, die durch die Ausstattung beeinflußt werden soll, sie muß also in erster Linie wissen, welche Lage in einem Ausstattungsprozeß durch das Urteil geschaffen worden ist. Vielleicht vermag diese Publikation die betreffende Ausstattung in besonderer Weise in die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu rücken; dieser indirekte Reklamezweck kann zwar nicht das eigentliche Ziel der Urteilsveröffentlichung sein, aber als Begleiterscheinung darf er als Ersatz für durch den unlauteren Eingriff hervorgerufene Nachteile in Kauf genommen werden.[238]

Damit ist die Ausgestaltung des Ausstattungsschutzes im schweizerischen Zivilrecht dargestellt; sie hat gezeigt, welche *Klagen* erhoben werden können. Noch bleibt aber abzuklären, welche *Kläger* zur Erhebung dieser Klagen legitimiert sind.

5. KAPITEL

Die Klagelegitimation

1. Die Aktivlegitimation

Das UWG hat nicht nur das Rechtsmittelsystem erweitert, sondern es hat auch den Kreis der Klageberechtigten weiter gezogen. Zwar steht wie im früheren Recht, so auch im UWG in erster Linie den *verletzten Wettbewerbern* die Klagelegitimation zu, also allen jenen Mitbewerbern, die durch unlauteren Wettbewerb im Sinne des Art. 1 UWG in ihren wirtschaftlichen Interessen geschädigt oder gefährdet worden sind. Ihnen ist jedermann zuzuzählen, der als Mitbewerber in Frage kommen könnte,[239] selbst dann, wenn der Betreffende nur *mittelbar* durch die unlautere Wettbewerbshandlung verletzt wird.[240, 241]

Neben den verletzten Mitbewerbern will jedoch das UWG auch den *Kunden* seinen Schutz zur Verfügung stellen. Maßgebend ist hierfür die Überlegung, daß unlauterer Wettbewerb, wiewohl er *unmittelbar* stets diesen oder jenen Mitbewerber trifft, zugleich auch ein unlauteres Ge-

[238] Der Vollständigkeit halber muß hier noch erwähnt werden, daß der Art. 3 des Entwurfes 1942 des UWG als weiteres Rechtsschutzmittel die *Herausgabe des Gewinnes,* der durch die unlautere Wettbewerbshandlung erzielt worden war, vorgesehen hatte. Nach langwierigen Verhandlungen im Parlament wurde dieser Artikel gestrichen, teils aus referendumspolitischen, teils aus rechtlichen Gründen, wobei vor allem die Schwierigkeiten in der Feststellung und Erfassung des herauszugebenden Gewinnes, in der Klagelegitimation und in der Verwendung des Gewinnes ausschlaggebend waren. Damit ist ein Rechtsschutzmittel fallen gelassen worden, das sicher auch viele Gründe für sich gehabt hätte. Vgl. hiezu die Begründungen in der Botschaft des BR zum Entwurf des UWG, BBl 1942, S. 697 ff.

[239] BGE 58 II 431; 59 II 21; 63 II 423; 67 II 57.

[240] Germann, Kommentar, S. 328.

[241] Die Klagelegitimation ist schon *vor* dem Eintritt eines Schadens gegeben.

schäftsgebaren darstellen kann, das in seinen *mittelbaren* Auswirkungen unter Umständen auch den Kunden benachteiligt.[242] Wird also ein Kunde durch eine nachgeahmte Ausstattung getäuscht und dadurch in seinen Interessen beeinträchtigt, dann ist auch er aktivlegitimiert, vorausgesetzt, daß das Erfordernis des Kausalzusammenhanges gegeben ist.[243]

Zu diesen zwei Gruppen tritt noch eine dritte hinzu: Die *Berufs- und Wirtschaftsverbände.* Mit dem Klagerecht der Berufs- und Wirtschaftsverbände bringt das UWG eine Neuerung, die schon ihrer großen Bedeutung wegen einer näheren Untersuchung bedarf.

Der Berichterstatter der Minderheit, Ständerat Evéquoz, hatte gegen die Gewährung dieser Klageberechtigung folgende Argumente ins Feld geführt:

«Cet alinea 3 contient un principe *nouveau* et *inconnu* de notre législation, on peut même dire un principe opposé à celui que l'on a consacré jusqu'à présent, à savoir que seul celui qui est atteint dans ses droits, dans son honneur, etc., peut agir en justice.»[244]

Ist diese Behauptung richtig? — Eine nähere Untersuchung unserer Gewerbegesetzgebung zeigt, daß zum Beispiel das MSchG in seinem Art. 27, Ziff. 2, lit. a, sagt: «Die Zivil- oder Strafklage kann angestrengt werden ... 2. Hinsichtlich der Herkunftsbezeichnungen a) durch jeden in seinen Interessen verletzten Fabrikanten ... oder durch eine das Recht der Persönlichkeit besitzende *Vereinigung* solcher Fabrikanten ...» Diese Bestimmung wurde durch die Novelle von 1939 noch dahin ergänzt, daß es genüge, wenn diese Vereinigungen nach den Gesetzen des Landes konstituiert sind; es wird lediglich der Vorbehalt des Gegenrechtes gemacht.

Für das Patentrecht erkennt das Bundesgericht einem Verband die Aktivlegitimation zur Nichtigkeitsklage zu, wenn er sich selbst weder mit der Fabrikation noch mit dem Handel des patentgeschützten Erzeugnisses befaßt,[245] aber die Wahrung der Interessen seiner Mitglieder gegenüber ungerechtfertigten Patentansprüchen bezweckt.

Der Kommentar Becker[246] spricht selbst für den unlauteren Wettbewerb unter der Herrschaft des Art. 48 OR die Aktivlegitimation den Verbänden zu, «wenn ihnen die Interessenwahrung ihrer Mitglieder obliegt. Sie können die Unterlassungsklage anheben, um damit der guten Ordnung auf dem betreffenden Berufsgebiet zur Geltung zu verhelfen. Zur Schadenersatzklage sind sie dagegen nicht befugt».

Auch das Bundesgericht hat, wie Bundesrichter Bolla in der Expertenkommission 1942 ausführte, ein derartiges Klagerecht der Verbände ohne besondere Vollmacht anerkannt.[247, 248]

Auch in den *Kantonen* war die Aktivlegitimation der Verbände nicht unbekannt. Das Luzerner Gesetz betreffend die Handelspolizei vom

[242] Botschaft des BR zum UWG, BBl 1942, S. 657.
[243] Es muß eine Schädigung eingetreten sein, die bloße Gefährdung genügt nicht.
[244] Amtl. sten. Bull. Ständerat 1943, S. 51.
[245] BGE 66 II 62/63; es handelt sich um Konservendosen.
[246] Becker, Band VI, S. 270/271.
[247] Protokoll von Montreux, S. 8; Protokoll von Weggis, S. 24.
[248] Germann, «Zur Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes». SJZ 40, S. 289/290.

30. Januar 1912 gewährt im § 1, Abs. 3, den «Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen» die Aktivlegitimation für Klagen gegen unlauteren Wettbewerb.[249]

Damit scheint mir der Vorwurf der Neuheit, Unbekanntheit oder gar Gegensätzlichkeit der Aktivlegitimation der Verbände im Verhältnis zum bisherigen Wettbewerbsrecht hinlänglich widerlegt.

Immerhin sind gewisse Bedenken gegen mögliche Mißbräuche dieses Klagerechtes nicht ganz unbegründet; es ist deshalb zu begrüßen, daß das UWG die Aktivlegitimation der Verbände nicht nur anerkennt, sondern sie auch näher bestimmt und umgrenzt.

Art. 2, Abs. 3, UWG, der den Verbänden die Aktivlegitimation zuspricht, lautet:

«Die Ansprüche aus lit. a — auf Feststellung der Widerrechtlichkeit —, b — auf Unterlassung — und c — auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes —stehen auch den Berufsverbänden und Wirtschaftsverbänden zu, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, sofern Mitglieder des Verbandes oder seiner Unterverbände nach Abs. 1 oder 2 klageberechtigt sind.»

Damit ist eine *dreifache Beschränkung* des Klagerechtes gegeben:

Einmal sind nur die Fälle der *nichtfinanziellen* Ansprüche eingeschlossen; damit soll verhindert werden, daß mit dem Klagerecht Geschäfte gemacht werden. Das Eingreifen der Verbände ist nur dann wünschenswert, wenn der einzelne Wettbewerber oder Kunde sich scheut, einen Prozeß anzustrengen, der ihm selber nur Kosten, Mühe und vielleicht sogar Feindschaft einbringen würde; größere Unternehmen werden zur Klageerhebung eher bereit sein, «bei kleineren Gewerbebetrieben ist es angemessen, daß der Verband die gemeinsamen Interessen auf seine Kosten nimmt».[250] Finanzielle Gründe sollen den Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Zum zweiten ist die Klagelegitimation der Verbände nur gegeben, wenn sie ihren *Statuten* gemäß zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind. Diese Bestimmung wird vorsichtigerweise die in Frage stehenden Verbände veranlassen, einen entsprechenden Passus in ihre Statuten aufzunehmen, sofern diese gesetzliche Voraussetzung nicht schon darin erfüllt ist.

Schließlich ist es zur Klageberechtigung notwendig, daß den klagenden Verbänden oder Unterverbänden *Mitglieder angehören,* die als solche schon selbst zur Klage berechtigt wären. Es muß einerseits also ein Verbandsinteresse berührt sein, anderseits steht aber auch den Spitzenverbänden die Aktivlegitimation zu, die selbst nur aus Verbänden zusammengesetzt sind, wie etwa Gewerbevereinen oder Handelskammern.[251]

Das Klagerecht der Verbände wurde also mit einiger Zurückhaltung in den Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb eingefügt; eine weise Zurückhaltung in der Berufung auf diese Klagelegitimation wird dazu beitragen, diesem noch nicht weitverbreiteten Institut im schweizerischen Recht ein seiner Bedeutung entsprechendes Ansehen zu verschaffen. Für

[249] Dieses Gesetz ist abgedruckt bei Kohler, Unlauterer Wettbewerb, S. 79 ff.

[250] Germann, SJZ 40, S. 289.

[251] Germann, Kommentar, S. 333.

den unlauteren Wettbewerb im besonderen wird sie viel zur Lauterkeit des Wettbewerbes beitragen können.[252, 253]

Dies gilt auch für den Ausstattungsschutz; denn gerade auf seinem Gebiete lassen sich leicht Fälle denken, deren Abklärung ohne die Aktivlegitimation der Verbände unterbliebe, weil vor allem die Verkehrsgeltung einen kostspieligen Nachweis und einen unsicheren Ausgang des Prozesses in sich schließen kann. Der einzelne Wettbewerber kann sich aus diesem Grunde veranlaßt sehen, eine Klage zu unterlassen, um so dem Prozeßrisiko auszuweichen; dies liegt jedoch nicht im Interesse eines lauteren Wettbewerbes.[254]

2. Die Passivlegitimation

Auch in bezug auf die Passivlegitimation bringt das UWG Eigenheiten, die eine gesonderte Darstellung erheischen, denn neben den *verletzenden* Wettbewerbern erklärt es auch *Drittpersonen* als passiv legitimiert, wenn sie sich in den unlauteren Wettbewerb einmischen. Darauf weist die Botschaft des Bundesrates mit folgenden Worten hin:

«Unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Gesetzes kann nicht nur von Mitbewerbern begangen werden, sondern das Gesetz ist auch anwendbar, wenn Drittpersonen oder Verbände zugunsten bestimmter Unternehmungen in den Wettbewerb eingreifen. Um der gegenteiligen Ansicht nicht Vorschub zu leisten, wird der Ausdruck ‚Wettbewerbshandlungen' vom Entwurf konsequent vermieden und mehrfach auf die Täterschaft Dritter hingewiesen.»[255]

Diese ausdrücklichen Hinweise im Gesetzestext sind in Art. 1, lit. b, e und g enthalten;[256] jedoch ist der Wortlaut der übrigen Spezialtatbestände so weit, daß regelmäßig auch Drittpersonen ihn erfüllen können.[257]

Für den Tatbestand des Art. 1, lit. d, insbesondere ist schon durch die bisherige Praxis anerkannt worden, daß auch Drittpersonen belangt werden können: «Aussi bien celui qui prête ainsi son nom que le commerçant qui se le fait prêter et les *tiers* qui favorisent ou provoquent cette combinaison, se rendent coupables de concurrence déloyale.»[258]

[252] Darum nennt Ständerat Iten die Klagelegitimation der Verbände «eine der wesentlichsten Quadern in der Schutzmauer gegen den unlauteren Wettbewerb». Amtl. sten. Bull. Ständerat 1943, S. 53.

[253] Die Klageberechtigung der Verbände kann auch eine gewisse generalpräventive Wirkung haben; denn mancher Wettbewerber wird sich eine unlautere Wettbewerbshandlung schon deshalb zweimal überlegen, weil er nicht mit dem Verband in Konflikt geraten will.

[254] Die hier behandelte Klagelegitimation der Verbände darf nicht verwechselt werden mit jener Klageberechtigung, die den Verbänden in ihrer Eigenschaft als Mitbewerber oder als Kunden zusteht; in diesen Fällen kommt ihnen die gleiche Rechtsstellung zu, wie sie für die natürlichen oder juristischen Personen allgemein besteht.

[255] Botschaft des Bundesrates zum UWG, BBl 1942, S. 688.

[256] Art. 1, lit. b: «... oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt.» — Lit. e: «... oder anderen Hilfspersonen eines Dritten Vergünstigungen gewährt ... oder einem anderen Vorteile zu verschaffen.» Lit. g: «... Geschäftsgeheimnisse anderen mitteilt.»

[257] Germann, Kommentar, S. 335.

[258] BGE 37 II 376.

Sollte also irgendeine Drittperson zugunsten eines Mitbewerbers eine Ausstattungsnachahmung provoziert oder begünstigt haben, dann muß auch gegen ihre Handlungsweise der Ausstattungsschutz gewährt werden.

Eine weitere Neuerung brachte das UWG in bezug auf die *Haftung des Geschäftsherrn.* Bei der Ausarbeitung des UWG stellte sich die Frage, ob die Haftung des Geschäftsherrn aus Handlungen des unlauteren Wettbewerbs seiner Angestellten oder Arbeiter[259] gesondert geregelt werden müsse, oder ob die bisherige Gerichtspraxis genügen würde.[260] Für die Genugtuungs- und Schadenersatzklage durfte ohne weiteres auf den Art. 55 OR verwiesen werden, ohne irgendwelche Änderungen vorzunehmen.[261]

Anders lagen die Verhältnisse bezüglich der nichtfinanziellen Ansprüche.[262] Für sie wollte das Gesetz nicht nur das Erfordernis des Verschuldens, sondern auch den Exkulpationsbeweis im Sinne des Art. 55, Abs. 1, OR ausschließen. Man entschied sich für das Prinzip der *reinen Verursachungshaftung.*

Die Gründe, die zu dieser Lösung führten, liegen in der Tatsache, daß die Entlastungsmöglichkeiten des Geschäftsherrn die Wirkungen der drei nichtfinanziellen Ansprüche erheblich beeinträchtigt hätten. Denken wir etwa an den oben besprochenen Fall der irreführenden Kataloge. Der dort notwendige Ausstattungsschutz, der einen Beseitigungsanspruch gewährt, kann wohl nur dann wirksam durchgeführt werden, wenn er sich direkt gegen den Geschäftsherrn richtet. Auch die Unterlassungsklage kann nur dann ihre vorbeugende Wirkung voll entfalten, wenn sich das richterliche Verbot der durch die Angestellten oder Arbeiter beabsichtigten Handlung unmittelbar gegen den Geschäftsherrn richtet.[263]

Auch für die *Haftung der Presse* bringt das UWG Neuerungen.[264] Zwar werden auch hier die Genugtuungs- und Schadenersatzfälle nicht berührt. Der Art. 4 UWG erfaßt nur die nichtfinanziellen Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb. In ihnen müßte die Ansicht, wie sie für die Haftung des Geschäftsherrn durchgedrungen ist, das Verschuldensmoment könne außer acht gelassen werden, als ungerechtfertigte Härte empfunden werden. Es werden daher *zwei Gruppen* von Pressedelikten unterschieden:

Die erste Gruppe, die auch *ohne Verschulden* haftbar ist, wird auf ganz bestimmte Tatbestände beschränkt durch Art. 4, Abs. 1, lit. a bis c, nämlich auf die Veröffentlichung ohne Wissen oder gegen den Willen des Verfassers oder des Einsenders, auf die Verweigerung der Bekanntgabe des Verfassers oder des Einsenders, und endlich auf jene Fälle, in denen der Verfasser oder Einsender nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden kann. Zudem ist für diese Gruppe eine ganz bestimmte Reihenfolge — «résponsabilité par cascades» —[265] vorgesehen:

[259] Wer unter den Begriff «Angestellte oder Arbeiter» zu zählen ist, sagen Germann, Kommentar, S. 337, und die dort angeführte Literatur.

[260] Amtl. sten. Bull. Ständerat 1943, S. 63.

[261] Art. 3, Abs. 2, UWG lautet: «Für die Ansprüche aus Art. 2, Abs. 1, lit. d und e, gelten die Bestimmungen des OR.»

[262] Art. 2, Abs. 1, lit. a, b und c.

[263] Botschaft des BR zum UWG, BBl 1942, S. 700/701.

[264] Vgl. zum alten Recht Keel, S. 50.

[265] Amtl. sten. Bull. Nationalrat 1943, S. 155; vgl. die Anlehnung an StGB, Art. 27.

An erster Stelle haftet der verantwortliche Redaktor oder bei einem Inserat der verantwortliche Leiter des Inseratenteils, und, wo solche nicht bezeichnet sind, der Verleger, und, wo auch dieser fehlt, der Drucker.

Die zweite Gruppe umfaßt alle jene, die *schuldhaft* ein Pressedelikt begangen haben. Für sie fallen sowohl die Voraussetzung der besonderen Tatbestände als auch die Rücksichtnahme auf eine besondere Reihenfolge weg.[265] So kann zum Beispiel der schuldhaft handelnde Drucker *direkt* auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes belangt werden.[266]

Sind nun auf dem Gebiete des Ausstattungsschutzes die Haftungsfälle der Presse möglich? — Diese Frage kann bejaht werden, denn es ist sehr oft der Fall, daß Ausstattungen mittels der Druckerpresse hergestellt werden; Beispiele hierfür sind der Etiketten-, Umschlag- und Katalogdruck, ferner die ziemlich verbreitete Verwendung der Ausstattung eines Erzeugnisses als Inserat- oder Plakatbild.[267] Jedoch werden Haftungsfälle der Presse deshalb auf dem Gebiete des Ausstattungsschutzes selten sein, weil der Urheber des Druckes in den meisten Fällen der Hersteller der ausgestatteten Ware sein wird und als solcher ohne weiteres erfaßt werden kann. Ein Ausstattungsdruck wider oder ohne seinen Willen ist kaum denkbar. Möglich ist der Haftungsfall eines ausländischen Herstellers, der vor schweizerischen Gerichten nicht erfaßt werden kann.

3. Der Gerichtsstand

In diesem Zusammenhang soll, ohne auf den ordentlichen Gerichtsstand näher einzutreten, auf den im Art. 5 UWG besonders geregelten Gerichtsstand hingewiesen werden.

Einmal wird durch den Art. 5 UWG die Möglichkeit geschaffen, die Klage auch am *Begehungsort* anbringen zu können, wenn der Beklagte in der Schweiz keinen Wohnsitz hat. «Als Begehungsort im Sinne der strafrechtlichen Praxis[268] ist der Ort zu betrachten, wo die Handlung ausgeführt wurde, sofern dieser im Ausland liegt, der Ort, wo der Erfolg eingetreten ist.[269, 270] Damit wurde eine wertvolle Ergänzung der kantonalen Gerichtsordnungen bewirkt.

Ferner strebt Art. 5, Abs. 2, UWG eine Vereinfachung der Prozeßführung an für jene Fälle, die eine *Konnexität* der Ansprüche aus den gewerblichen Sondergesetzen einerseits und aus unlauterem Wettbewerb anderseits aufweisen. Die Bestimmungen der Sonderschutzgesetze[271] sehen vor, daß zivilrechtliche Streitigkeiten aus diesen Gesetzen durch eine *einzige* kantonale Gerichtsstelle zu entscheiden sind und die Berufung an das Bundesgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert zulässig ist. Es

[266] Botschaft des BR zum UWG, BBl 1942, S. 702.

[267] Die Loslösung der Ausstattung vom Erzeugnis verunmöglicht den Ausstattungsschutz nicht, denn die Wirkung der Ausstattung, die Bildung der Verkehrsgeltung, bleibt dieselbe. In jenen Fällen, in denen die Farbunterschiede im Schwarzdruckinserat wegfallen, wird ein besonders strenger Maßstab angelegt werden müssen, weil dadurch die Verwechslungsgefahr ansteigen kann.

[268] Art. 346, Abs. 1, StGB.

[269] BGE 68 IV 54.

[270] Botschaft des BR zum UWG, BBl 1942, S. 703.

[271] MSchG Art. 29; MMG Art. 33; PG Art. 49.

fehlte nun bisher eine entsprechende bundesrechtliche Regelung jener Fälle, in denen Ansprüche aus Sonderschutzgesetz und unlauterem Wettbewerb zugleich in Frage standen. Das hatte die unzweckmäßige Folge, daß die Prozesse, je nach dem kantonalen Prozeßrecht, getrennt durchgeführt werden mußten. Dies konnte zu Schwierigkeiten, Verteuerungen und Verzögerungen führen.[272, 273]

Für den Ausstattungsschutz ist die Vereinheitlichung des Gerichtsstandes von besonderer Bedeutung, denn es liegt im Wesen des Verhältnisses zwischen dem Ausstattungsschutz und den gewerblichen Sonderschutzgesetzen,[274] daß eine Konnexität der Ansprüche verhältnismäßig oft vorliegt. In allen diesen Fällen ermöglicht der Art. 5, Abs. 2, eine bedeutende Vereinfachung der Prozeßführung und damit eine Vereinfachung des Ausstattungsschutzes.

4. Die Verjährung

Art. 7 UWG bestimmt eine Verkürzung der absoluten Verjährungsfrist von zehn Jahren auf *fünf* Jahre. Diese Regelung paßt sich derjenigen der übrigen Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes an. Auch dort werden kürzere absolute Verjährungsfristen angenommen.[275]

Diese Verkürzung gilt für alle Ansprüche aus Art. 2 UWG mit Ausnahme desjenigen auf Unterlassung. Hier kommt eine Verjährung so lange nicht in Frage, als der verletzende oder gefahrdrohende Zustand andauert. Solange also die den Ausstattungsschutz begründende Handlungsweise fortgesetzt wird, indem beispielsweise ein Produkt in einer[276] der Verpackung eines Mitbewerbers nachgeahmten Aufmachung in den Handel gebracht wird, liegt eine fortgesetzte Verletzung vor. Die Verjährungsfrist, und zwar nicht nur die fünfjährige, sondern auch die einjährige, beginnt erst zu laufen, wenn die verletzende Handlung gänzlich aufgehört hat. Hört dagegen die Verletzungsdrohung auf, dann entfällt auch die materiellrechtliche Grundlage des Unterlassungsanspruches.[277]

[272] BGE 42 II 669; 55 II 50.

[273] Botschaft des BR zum UWG, BBl 1942, S. 703.

[274] Auf diese Frage wird im nichtgedruckten Kapitel über die Abgrenzung zwischen Ausstattungsschutz und Sonderschutz näher eingetreten.

[275] MMG und MSchG zwei Jahre; PG drei Jahre.

[276] BGE 55 II 253.

[277] Amtl. sten. Bull. Ständerat 1943, S. 65.

Anmerkung: Ein weiteres Kapitel über die *Abgrenzung des Ausstattungsschutzes gegenüber dem gewerblichen Sonderrechtsschutz* wurde beim Druck dieser Arbeit weggelassen.

6. KAPITEL

Der internationale Ausstattungsschutz

1. Allgemeines

Gemäß dem Grundsatz: «Internationalprivatrecht ist Landesrecht» wäre der zivilrechtliche Ausstattungsschutz im schweizerischen Recht nicht erschöpfend behandelt, wenn nicht auch auf seine internationale Regelung hingewiesen würde. Immerhin darf dies in aller Kürze geschehen, weil einerseits das Grundsätzliche über den Ausstattungsschutz auch auf internationalem Boden seine Bedeutung beibehält und anderseits die internationale Bedeutung des Ausstattungsschutzes auf ein verhältnismäßig geringes Maß beschränkt bleibt.[278] Warum? — Einmal, weil es ziemlich wenige Erzeugnisse geben dürfte, die im internationalen Handel eine bedeutende Rolle spielen und dabei nicht durch irgendein gewerbliches Sonderschutzgesetz gegen eine Nachahmung geschützt werden. Damit fallen die meisten hier in Betracht fallenden Erzeugnisse unter den Ausstattungsschutz im engeren Sinne. — Ferner wird der Nachweis der Verkehrsgeltung auf internationalem Boden oft außerordentlich schwierig sein. Der «Aktionsradius» der hier in Betracht fallenden Erzeugnisse ist eben doch in den meisten Fällen räumlich beschränkt.

Immerhin lassen sich Fälle denken, die den Tatbestand des Ausstattungsschutzes auch auf internationalem Boden erfüllen würden,[279] denn «die inländische Persönlichkeit kann auch im Ausland verletzt werden»,[280] weil «das Persönlichkeitsrecht über die Staatsgrenzen hinausgeht».[281]

2. Die Pariser Verbandsübereinkunft

Am 20. März 1883 wurde in *Paris* eine internationale Konvention zum Schutze des gewerblichen Eigentums abgeschlossen.[282] Sie beschränkte jedoch ihren Gegenstand auf die gewerblichen Sonderschutzgebiete. Aber auch auf internationalem Boden drang der gewerbliche Rechtsschutzgedanke immer mehr durch.[283] Auch hier trat eine stufenweise Entwicklung dem unlauteren Wettbewerb in seinen mannigfaltigen Erscheinungsformen entgegen, um einen Gesamtrahmen für den Kampf gegen die wirtschaftliche Unlauterkeit auf internationalem Boden zur Verfügung zu haben.

[278] Private Mitteilung durch das Bureau de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle, daß dort kein den internationalen Ausstattungsschutz betreffender Fall bekannt sei.

[279] Ihre Verwirklichungsmöglichkeit wächst proportional mit dem «Kleinerwerden» der Erde durch den Fortschritt der Technik. Vor allem eröffnen die internationalen Völkerorganisationen neue Perspektiven.

[280] Kohler, Unlauterer Wettbewerb, S. 305.

[281] Kohler, Warenzeichenrecht, S. 249.

[282] Amtl. Sammlung, Band 7, S. 517.

[283] Vgl. Einleitung.

Den entscheidenden Beschluß brachte die *Washingtoner Konferenz* im Jahre 1911, an der ein Zusatzartikel 10^{bis} zum Übereinkommen über das gewerbliche Eigentum angenommen wurde, durch den sich die Vertragsstaaten verpflichteten, «d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la *concurrence déloyale*».[284]

Damit war ein wesentlicher Fortschritt im Vergleich zum bisherigen Recht erreicht.[285] Jedoch fand damit die Entwicklung nicht ihren Abschluß. Nach dem ersten Weltkrieg zeigten sich neue Bestrebungen, die den Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb ausbauen wollten. Vor allem die Internationale Handelskammer und der Völkerbund setzten sich dafür ein.

Der Erfolg der Bestrebungen[286] lag im Zustandekommen der *Haager Konferenz* zur Revision der Pariser Verbandsübereinkunft über den gewerblichen Rechtsschutz,[287] die im Oktober und November 1925 im Haag tagte. Das Internationale Bureau in Bern hatte mit der Regierung des einberufenden Vertragsstaates — Holland — Vorschläge für die abzuändernden Bestimmungen ausgearbeitet.

Diese Revision brachte einen erfreulichen Fortschritt im Kampf gegen die illoyale Konkurrenz auf internationalem Boden. Im Art. 10^{bis} wurde der unlautere Wettbewerb *definiert*, und zwar zunächst durch die weitgefaßte Generalklausel, dann aber durch die beispielsweise Hervorhebung von Spezialtatbeständen, in denen jedenfalls die Voraussetzungen für den Schutz vorliegen. Einer dieser Spezialtatbestände umschrieb alle Handlungen, die geeignet sind, eine *Verwechslung* mit den *Erzeugnissen* eines Konkurrenten herbeizuführen. [288, 289, 290]

Dieser Sondertatbestand ist hier maßgebend, denn es steht zweifellos fest, daß unter Handlungen, die geeignet sind, auf irgendeine Weise Verwechslungen mit den Erzeugnissen eines andern Konkurrenten hervorzurufen, auch die Verletzung des Ausstattungsrechtes zählen. Damit ist der internationale Ausstattungsschutz entsprechend den Bestimmungen der Pariser Verbandsübereinkunft auf dem Gebiete ihrer Vertragsländer gewährleistet. Daß dieses Gebiet einen wesentlichen Teil der zivilisierten Staaten umfaßt, geht aus der ausgedehnten Liste der Mitgliedstaaten hervor. Es ist zu hoffen, daß eine wachsende internationale Zusammenarbeit auch hier die noch bestehenden Lücken schließen wird.[291]

[284] Die Übernahme dieser umfassenden Verpflichtung wurde später ein Grund mehr zum Erlaß des UWG.

[285] Germann, Vorarbeiten, S. 26.

[286] Germann, Vorarbeiten, S. 245.

[287] Ostertag, «Die Haager Konferenz».

[288] Ostertag, S. 23.

[289] Kraft, S. 19; vgl. auch: Actes de la Conférence réunie à Londres du 1er mai au 2 juin 1934.

[290] Amtl. Sammlung, Band 55, S. 1237 ff.

[291] Schneider, Band II, S. 1015.

Schluß

Mit der Übersicht über den internationalen Ausstattungsschutz ist die Darstellung des Ausstattungsschutzes im schweizerischen Zivilrecht beendet. Überblickt man diese Darstellung, dann muß die *Vielseitigkeit* der Probleme auffallen, die durch die Frage nach dem Ausstattungsschutz aufgeworfen werden.

Zunächst erheischen die Fragen nach *Begriff und Bedeutung* der Ausstattung eine Untersuchung von Gestalt und Werbewirkung der Ausstattung eines Erzeugnisses. Dann zwingen die *Rechtsfragen,* die dem Ausstattungsschutz zugrunde liegen, zu einem Zurückgreifen auf die grundlegenden Probleme der Rechtsordnung. Diese Aufgabe wird durch den Widerstreit der Theorien keineswegs vereinfacht; allerdings zeigt ein näheres Zusehen, daß zwischen den Theorien eine weitgehende Übereinstimmung herrscht. Über das Problem der *Verkehrsgeltung* dagegen gehen die Meinungen auseinander. Wird jedoch das Wesen des Ausstattungsschutzes richtig verstanden, dann kann auf die Verkehrsgeltung nicht verzichtet werden; ihre Bedeutung ist auch durch das UWG nicht abgeschwächt worden.

Neben diese rechtstheoretischen Erörterungen muß die praktische *Ausgestaltung* des Ausstattungsschutzes treten, sei es im Aufzeigen der einzelnen *Rechtsschutzmittel,* wie sie sich heute nach einer stufenweisen Entwicklung darstellen, sei es in der Übersicht über die *Klagelegitimation.* Schließlich zeigt ein Blick auf die Ausgestaltung des Ausstattungsschutzes im *internationalen* Recht, daß seine Bedeutung auch dort erkannt worden ist, und daß auch dort wirksame Mittel gefunden worden sind, um die Ausstattungen zu schützen.

Diese Übersicht zeigt, daß der Schutz von Warenausstattungen sowohl im schweizerischen Zivilrecht als auch im internationalen Recht einen stets wachsenden Ausbau erfahren hat. Dieser Ausbau aber darf sich nicht von seiner ursprünglichen Grundlage loslösen: Vom *Persönlichkeitsrecht.* Dies ist jedem klar, der im wirtschaftlichen Kampf nicht in erster Linie den Wettbewerb, sondern den *Wettbewerber* sehen und schützen will.